

En definitiva, la demanda identificaba claramente el objeto de la pretensión, las razones jurídicas que la apoyaban y los demandados frente a los que se dirigía. Por su parte, la decisión judicial sobre si además procedía o no la presencia en el procedimiento de la T.G.S.S. o la Mutua aseguradora no afectaba ni al derecho de defensa de las partes inicialmente demandadas (I.N.S.S. y la empresa), ni a las Entidades mencionadas, cuyo interés y conocimiento del pleito se pretendió precisamente dejar a salvo al solicitar la ampliación de la demanda, denegada por el órgano judicial. El Juzgado no debió, por tanto, archivar las actuaciones por las razones aquí discutidas, ya que la continuación del proceso no hubiera quebrantado la integridad de éste ni supuesto la indefensión de ninguna de las partes, sin que tampoco quepa apreciar, como ya se ha dicho, negligencia o mala fe de la recurrente que impida la estimación del amparo que solicita.

### FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

Ha decidido

Estimar el recurso de amparo presentado por doña Teresa Pérez Marqueta y, en consecuencia:

1.º Declarar que el Auto del Juzgado de lo Social núm. 1 de Zaragoza, de 20 de diciembre de 1996, confirmatorio de resolución anterior sobre archivo de demanda, ha vulnerado su derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el art. 24.1 C.E.

2.º Restablecer a la recurrente en su derecho, anulando el mencionado Auto y ordenando retrotraer las actuaciones al momento procesal oportuno anterior al archivo de la demanda, con el fin de que el Juzgado dicte la resolución judicial que proceda en Derecho respecto de la continuación del proceso.

Publíquese esta Sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».

Dada en Madrid a quince de julio de mil novecientos noventa y nueve.—Pedro Cruz Villalón.—Manuel Jiménez de Parga y Cabrera.—Pablo García Manzano.—Pablo Cachón Villar.—Fernando Garrido Falla.—María Emilia Casas Baamonde.—Firmado y rubricado.

**17665** *Pleno. Sentencia 136/1999, de 20 de julio de 1999. Recurso de amparo 5.459/1997 (abogado al Pleno). Contra Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que condenó a los recurrentes como autores de un delito de colaboración con banda armada. Vulneración del derecho a la legalidad penal: principio de proporcionalidad. Votos particulares.*

El Pleno del Tribunal Constitucional, compuesto por don Pedro Cruz Villalón, Presidente; don José Carles Viver i Pi-Sunyer, don Rafael de Mendizábal Allende, don Julio Diego González-Campos, don Manuel Jiménez de Parga y Cabrera, don Tomás S. Vives Antón, don Pablo García Manzano, don Pablo Cachón Villar, don Fernando Garrido Falla, don Vicente Conde Martín de Hijas, don Guillermo

Jiménez Sánchez, y doña María Emilia Casas Baamonde, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

### SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 5.459/97, interpuesto por el Procurador de los Tribunales don José Manuel de Dorremochea Aramburu, en nombre y representación de don Adolfo Araiz Flamarique, don Florencio Aoíz Monreal, doña Itziar Aizpurúa Egaña, don José María Olarra Agiriano, don Tasio Erkizia Almandoz, don Koldo Castañeda Vallejo, don Alberto de Lorenzo Goikoa, don Juan Pedro Plaza Lujanbio, don Carlos Rodríguez González, don Rufino Etxeberria Arbelaitz, don Gorka Martínez Bilbao, don Koldo Celestino Samper, doña Amaia Bao Gómez, doña María José Andueza Ortega, don Juan María Olano Olano, don Antton Morcillo Torres, don Mikel Arregi Urrutia, don Joseba Martín Hernando, doña Matilde Iturralde Martínez de Lizarduy, don Karmelo Landa Mendibe, don Joseba Álvarez Forcada, don José Luis Elkoro Unamuno y don Juan Cruz Idígoras Gerrikabeitia, bajo la dirección letrada de don Pedro María Landa, doña Jone Goricelaya, don Iñigo Iruin, don Miguel Castells, don José María Elosua y don Francisco Juan Zabaleta, contra los Autos de 6 de octubre de 1997, de la Sala Segunda del Tribunal Supremo y de la Sala Especial del Tribunal Supremo prevista en el art. 61 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (en adelante L.O.P.J.), en el incidente de recusación núm. 17/97, dimanante de la causa especial núm. 840/96, y contra la Sentencia de 29 de noviembre de 1997, dictada por la Sala Segunda del Tribunal Supremo en la citada causa especial. Han intervenido el Ministerio Fiscal y la Asociación de Víctimas del Terrorismo, representada por el Procurador de los Tribunales don José Pedro Vila Rodríguez y asistida por el Letrado don Emilio Murcia Quintana. Ha sido Ponente el Magistrado don Carles Viver i Pi-Sunyer, quien expresa el parecer del Tribunal.

#### I. Antecedentes

1. El recurso referenciado en el encabezamiento se inició mediante demanda registrada en este Tribunal el 27 de diciembre de 1997.

2. La demanda de amparo trae causa, en síntesis, de los siguientes hechos:

a) A raíz de la denuncia presentada por el Ministerio Fiscal en fecha 15 de febrero de 1996, el Juzgado Central de Instrucción núm. 5 incoó las diligencias previas núm. 58/1996-N. Remitidas a la Sala Segunda del Tribunal Supremo, ésta, por providencia de 13 de marzo de 1996, designó Ponente y trasladó las actuaciones al Ministerio Público para informe sobre competencia. Mediante Auto de 13 de junio siguiente la Sala aceptó conocer del caso y designó Magistrado Instructor, quien, por Auto de 17 del mismo mes, ordenó unir la exposición y actuaciones remitidas por el titular del Juzgado Central de Instrucción núm. 5, así como los diez tomos de sus diligencias previas, dando lugar a las nuevas diligencias de esta clase núm. 840/96.

b) Acordada la tramitación de la causa por el cauce del procedimiento abreviado (Auto de 28 de abril de 1997), la Sala Segunda señaló para el inicio de las sesiones del juicio oral el día 6 de octubre de 1996, a las diez treinta horas, y los días sucesivos que fueren necesarios (Auto de 25 de junio de 1997).

c) A las nueve cincuenta horas del día 6 de octubre de 1997, la representación procesal de los hoy recurrentes

tes presentó escrito de recusación contra el Presidente de la Sala, por entender que concurría en él la causa de abstención prevista en los arts. 219.9 L.O.P.J. y 54.9 L.E.Crim. La Sala Segunda del Tribunal Supremo, mediante Auto fechado el día 6 de octubre de 1997, tuvo por formulado el incidente de recusación, suspendió la vista oral y remitió el correspondiente testimonio a la Sala Especial del art. 61 L.O.P.J., la cual dictó Auto de la misma fecha cuya parte dispositiva proclama: «Se rechaza el incidente de recusación formulado por don Adolfo Araiz Flamarique y veintidós acusados más en la causa especial 840/96, que se sigue contra los mismos ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo y, en consecuencia, no ha lugar a la tramitación del incidente solicitado».

d) Reiniciadas las sesiones del juicio oral y tras la correspondiente tramitación, la Sala Segunda dictó Sentencia el 29 de noviembre de 1997, por la que condenó a los ahora demandantes, como autores de un delito de colaboración con banda armada sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a sendas penas de siete años de prisión mayor y multa de 500.000 pesetas, con las accesorias de suspensión de cargo público y derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de duración de la condena, así como al pago, por partes iguales, de un tercio de las costas procesales.

e) El relato de hechos probados de la Sentencia impugnada es el que sigue:

«A) Con fecha 26 de abril de 1995, a través del diario "Egin", la organización terrorista ETA hizo público un comunicado en el que daba a conocer lo que denominaba "Alternativa Democrática".

La formación política Herri Batasuna, por acuerdo de su Mesa Nacional —de composición distinta a la integrada por los acusados— decidió difundir de manera activa el contenido de dicha "Alternativa Democrática".

Con tal finalidad, a partir de mayo de 1995, dicha Mesa Nacional desarrolló una serie de actividades que incluyeron, además de reuniones y contactos con otras formaciones, partidos políticos y sectores sociales, la publicación de miles de folletos destinados al público.

Constituida en diciembre de 1995, la nueva Mesa Nacional de Herri Batasuna —de la que forman parte todos los acusados—, dicho órgano directivo elaboró en enero de 1996 un documento denominado "Presentación Popular de la Alternativa Democrática", en el que se establecía un plan para la difusión de dicha propuesta de ETA, asumida por Herri Batasuna, a través de una serie de charlas, asambleas y reuniones por los barrios y pueblos del País Vasco.

En el desarrollo de tal diseño se comenzó con la publicación en el diario "Egin" y en otros medios de comunicación de anuncios contratados por Herri Batasuna y referidos a la presentación popular de la "Alternativa Democrática", siendo insertado el primer anuncio, conteniendo los lugares y fechas de las convocatorias, con fecha 4 de febrero de 1996 y finalizando tal publicidad el 14 de febrero de 1996.

B) A finales del mes de enero de 1996, ante la proximidad de las Elecciones Generales que se celebrarían el siguiente 3 de marzo, miembros no determinados de ETA —organización terrorista armada que pretende desestabilizar y subvertir el orden institucional y social con el fin de lograr la independencia del País Vasco para lo que, durante los últimos años, viene realizando atentados indiscriminados y selectivos que han causado numerosas víctimas y daños, secuestros con exigencia de dinero y actos de extorsión a través del llamado "impuesto revolucionario", por algunas de cuyas

acciones hay numerosos miembros de dicha organización cumpliendo penas privativas de libertad, hicieron llegar a la asociación política Herri Batasuna dos cintas de vídeo junto a una nota con el anagrama de ETA en la que ofrecía a Herri Batasuna esos vídeos referidos a la citada "alternativa" y a las reflexiones complementarias desarrolladas por el mencionado grupo para su utilización y difusión en la forma que Herri Batasuna tuviera por conveniente.

La Mesa Nacional de Herri Batasuna —que de acuerdo con los arts. 3, 14 y 15 de sus Estatutos, como órgano de gobierno, tiene la representación y administración de dicha formación política y, que en su carácter de órgano directivo, ejecuta u ordena la ejecución de las decisiones adoptadas en su seno— integrada, además de por otras dos personas hoy fallecidas, por los acusados don Adolfo Araiz Flamarique, don Florencio Aoiz Monreal, doña Itziar Aizpurua Egaña, don José María Olarra Agiriano, don Tasio Erquizia Almandoz, don Koldo Castañeda Vallejo, don Alberto de Lorenzo Goikoa, don Juan Pedro Plaza Lujanbio, don Carlos Rodríguez González, don Rufino Etxeberria Arbelaitz, don Gorka Martínez Bilbao, don Koldo Celestino Samper, doña Amaia Bao Gómez, doña María José Andueza Ortega, don Juan María Olano Olano, don Antton Morcillo Torres, don Mikel Arregi Urrutia, don Joseba Martín Hernando, doña Matilde Iturralde Martínez Lizarduy, don Carmelo Landa Mendibe, don Joseba Álvarez Forcada, don José Luis Elkoro Unamuno, don Juan Cruz Idígoras Gerrikabeitia (todos ellos mayores de edad y sin antecedentes penales computables a los efectos de esta causa, aun cuando, de los indicados, don Juan Cruz Idígoras Gerrikabeitia fue condenado en 1985 por terrorismo, aplicándosele condena condicional y don Juan Pedro Plaza Lujanbio fue condenado el 17 de octubre de 1994 por negativa a cumplir el servicio militar a pena de un año de prisión menor, aplicándosele condena condicional), en una reunión a la que todos asistieron, celebrada el 5 de febrero de 1996, acordaron asumir el contenido de los vídeos, proceder a su difusión y —ante la imposibilidad de que ETA pudiera ocupar espacios electorales televisivos y radiofónicos reservados con carácter gratuito a los partidos políticos legalizados— ceder a dicha organización terrorista sus propios espacios electorales gratuitos.

Para ejecutar tal determinación, los citados componentes de la Mesa Nacional de Herri Batasuna encargaron al área de comunicación de dicho órgano, el anuncio, propagación y exhibición de las copias del vídeo de unos veinte minutos de duración, así como la preparación de una maqueta y copias del segundo vídeo para que, respectivamente, el primero fuese proyectado en diversos actos de presentación de la Alternativa Democrática y el segundo fuera emitido, como *spot* electoral de unos dos minutos de duración —previa remisión a las televisiones públicas del País Vasco y Navarra— en los correspondientes espacios electorales.

El contenido sustancial del referido vídeo de unos veinte minutos de duración es del siguiente tenor:

a) Aparecen, primero, andando por el campo y luego sentados ante una mesa, tres encapuchados, los cuales, teniendo como fondo la ikurriña y el símbolo de ETA —hacha y serpiente—, informan en euskera sobre la llamada "Alternativa Democrática". La alocución de tales encapuchados comienza con una referencia a la que llama propuesta de

paz, presentada por ETA en abril del año anterior, cuya base, afirman, es la misma que la presentada veinte años antes por la Alternativa KAS; dicen que "os vamos a ofrecer las condiciones para superar la lucha armada entre el Estado Español y el País Vasco a través de los nuevos caminos democráticos y pacíficos y construir así el futuro del País Vasco"; para añadir que "los problemas del País Vasco sólo los puede solucionar el propio País Vasco, pero en el marco en que vivimos eso no es posible, y si no es posible es porque España y Francia han establecido unas fronteras, unos límites, además por la fuerza. El quehacer de ETA se basa precisamente en eso: en hacer levantar esos límites para que así el Pueblo Vasco pueda decidir libremente su futuro"; sigue diciendo que para que se realice el proceso democrático, en que "han de participar todos los vascos", "la primera condición es la amnistía general e incondicional" y "la segunda condición es la salida de las Fuerzas Armadas españolas", añadiendo que "si el Estado Español acepta los puntos que han de establecerse, ETA daría un alto al fuego para dar paso al proceso democrático que ha de llevarse a cabo en el País Vasco". El vídeo concluye: "Os pedimos que asumáis, que toméis como vuestra esta alternativa que hemos presentado, que cojáis su sentido y que os unáis a la lucha para empezar, cada uno con sus capacidades, a construir desde hoy el País Vasco de mañana. ETA seguirá en la lucha para que eso sea así. ¡Viva Euskadi libre! ¡Viva! ¡Trabajad duro hasta conseguir la independencia!". Los encapuchados se retiran, *dejándose ver en la cintura de dos de ellos sendas pistolas, y puede leerse "Bozkatu Herri Batasuna"*.

b) El *spot* destinado a ocupar los espacios electorales televisivos de Herri Batasuna, de unos dos minutos de duración, se inicia con una voz en *off*, que dice: "Herri Batasuna quiere ofrecer con su voz esta propuesta democrática, la propuesta de paz para el País Vasco. H.B. además de luchar por la independencia y por la libertad de nuestro pueblo, les cede su palabra, a los que realmente ofrecen una alternativa para la paz y para la democracia, para superar el conflicto político de hoy en día, así como sus manifestaciones violentas". A continuación figuran en las imágenes de este vídeo tres encapuchados, que con el anagrama de ETA a la espalda y sentados ante una mesa, sobre la cual hay tres pistolas, comienzan la alocución en la que se refieren a la llamada propuesta de paz de ETA de abril de 1995, que ratifican, diciendo que "para superar el conflicto armado entre el País Vasco y el Estado Español, son dos los puntos a convenir con el Estado Español: por un lado, el reconocimiento del País Vasco, es decir, reconocer el derecho de autodeterminación, así como la unidad territorial que se le debe, y de otro, respetar el resultado del proceso democrático que ha de desarrollarse en el País Vasco, sea cual sea el mismo". Seguidamente añade que es "necesaria e imprescindible la amnistía general, que las Fuerzas Armadas españolas no tengan ningún tipo de influencia en ese proceso" y para concluir: "En el caso de que se admitieran los puntos que hay que convenir con el Estado Español para llevar a cabo ese proceso democrático en el País Vasco, ETA anunciaría el alto el fuego. He aquí nuestra propuesta de paz ratificada. Hay un cartel que dice "Vota Herri Batasuna".

C) Asimismo, en cumplimiento del mencionado acuerdo, se confeccionó una cinta magnetofónica de dos minutos de duración que el área de comunicación de la Mesa de H.B. remitió a Radio Nacio-

nal de España para su inserción en los espacios gratuitos de la campaña electoral del 19 de febrero, en la que después de declarar que "Euskal Herria necesita y reclama democracia, una democracia negada durante décadas y décadas por el Estado Español", lo que exige que "el Estado Español reconocerá nuestro derecho a la autodeterminación y nuestra territorialidad", se afirma que "para que este proceso resulte realmente democrático se concederá una amnistía que permitirá intervenir en el mismo a todas las personas presas, refugiadas y deportadas", a su conclusión, dice: "ETA manifiesta que cesará en su actividad armada cuando se consigan y garanticen los citados contenidos mediante un acuerdo político. El día 3 un voto de democracia y de paz. El día 3 vota Herri Batasuna".

La decisión adoptada el 16 de febrero de 1996 por el Juzgado Central de Instrucción núm. 5 de la Audiencia Nacional, impidió que los *spots* electorales remitidos a las televisiones públicas para su emisión en espacios electorales gratuitos y las cuñas radiofónicas enviadas con igual finalidad llegaran a emitirse.

D) Sendos ejemplares del vídeo citado fueron enviados el 16 de febrero de 1996, por acuerdo de la Mesa Nacional de Herri Batasuna integrada por las personas reseñadas, a S.M. el Rey y al Presidente del Gobierno, junto a un comunicado del siguiente tenor:

"En respuesta al requerimiento realizado por el Juez Garzón del Juzgado Central número 5 de la Audiencia Nacional de Madrid, la Mesa Nacional de Herri Batasuna ha decidido enviar los únicos ejemplares que disponemos sobre la exposición que ETA realiza de la Alternativa Democrática a las más altas instancias del Estado, es decir, al Presidente don Felipe González y a Su Majestad el Rey.

El envío de los ejemplares que disponemos a dichas instancias del Estado obedece a la imperiosa necesidad de que conozcan de primera mano el contenido de la propuesta democrática por la paz que realiza la organización armada ETA, con objeto de buscar soluciones al conflicto y el camino de la paz.

Esperamos una reflexión serena, alejada de las acaloradas e irracionales declaraciones que últimamente escuchamos y una respuesta política decidida y valiente en el camino de dar una salida satisfactoria a las legítimas y democráticas aspiraciones de Euskal Herria. Bilbao, 16 de febrero de 1996."

E) Ante la decisión del Juzgado Central de Instrucción núm. 5 de la Audiencia Nacional, adoptada los días 15 y 16 de febrero de 1996 por la que se prohibió la proyección y difusión del vídeo, *spot* y cinta mencionados, los citados componentes de la Mesa Nacional ahora acusados acordaron que su área de comunicación remitiera a Televisión Española un nuevo vídeo que se inicia con la misma justificación de "ofrecer con su voz" que el mencionado como de menor duración, si bien, a continuación, en él se sustituye la alocución de los tres encapuchados durante unos minutos, por la expresión "censurado" escrita en grandes letras rojas en un recuadro que ocupa la pantalla en diagonal y todo el espacio rayado o en negro con un logotipo que dice: "Bozkatu Herri Batasuna".

F) Con fecha 5 de febrero de 1996, la Oficina de Prensa de Herri Batasuna emitió un comunicado con el siguiente contenido literal:

"Organizado por H.B., en las representaciones de la Alternativa Democrática se podrán ver los

vídeos de la organización ETA, en los que presenta las razones y contenido de su propuesta de paz.

Durante esta semana, organizado por Herri Batasuna se celebrarán a lo largo del País Vasco Sur, en varias localidades, presentaciones de la Alternativa Democrática en las cuales se podrán ver los vídeos de la organización vasca en los que se recogen los contenidos de la proposición de paz que ETA expuso en abril de 1995.

Estos vídeos han sido remitidos por ETA a la Mesa Nacional de Herri Batasuna, junto con una breve nota que transcribimos a continuación: El mes de abril del pasado año Euskadi Ta Askatasuna ofertó una alternativa democrática de paz para solucionar el conflicto existente entre el País Vasco y el Estado Español. En opinión de ETA esta alternativa de paz es un instrumento que debe estar en manos de todo el País Vasco, para que sea toda la sociedad la que reflexione y debata en torno a esta propuesta.

En este sentido es deseo de ETA que este instrumento llegue a manos de todos los partidos políticos, sindicatos, grupos y asociaciones del País Vasco para que la antedicha reflexión sea posible.

En estos vídeos Euskadi Ta Askatasuna se reafirma en la citada alternativa y hace públicas las reflexiones que ha realizado para su desarrollo para, de esta manera, ofrecer nuestra opinión directamente a la sociedad vasca.

ETA ofrece a Herri Batasuna estos vídeos en tanto en cuanto Herri Batasuna es un agente social del País Vasco, del mismo modo que los ofrece al resto de agentes sociales para que los utilicen de la manera que consideren más oportuna".

En la reunión de hoy, lunes, la Mesa Nacional ha decidido que es completamente pertinente ofrecer estos vídeos en las presentaciones de la Alternativa Democrática que se realizarán los próximos días.

Por otra parte, la Mesa Nacional de Herri Batasuna quiere manifestar su satisfacción por la acogida social que se está produciendo en torno a las presentaciones de la Alternativa Democrática. Las presentaciones que ya se han realizado en Orduña, Villabona, Oreja y Areso han tenido resultados muy positivos, habiendo resultado especialmente significativa la presencia y participación de ciudadanos ajenos a la izquierda abertzale.

La participación y las actitudes que se han podido constatar en las, todavía escasas, presentaciones que hasta ahora se han realizado, ya que las más de trescientas presentaciones previstas se realizarán mayoritariamente a lo largo de esta semana y de la próxima, reflejan el vivo interés que se ha suscitado en la sociedad vasca.

En las presentaciones realizadas ha habido multitud de preguntas y aclaraciones, lo que muestra que la alternativa democrática es la única solución real para afrontar la solución del conflicto que se vive entre el País Vasco y el Estado Español. Por una parte, porque en la citada alternativa los contenidos de defensa del derecho de autodeterminación y de la unidad territorial son claros, y, por otra, porque se basa en una apuesta por la participación y el respeto de la voluntad de la sociedad vasca

Por último la Mesa Nacional de Herri Batasuna manifiesta por medio de estas líneas que quiere realizar un amplio llamamiento a independentistas vascos y a todos aquellos que hacen una apuesta honesta por la democracia en el País Vasco, para que participen activamente en las presentaciones que se realizarán los próximos días. Oficina de Prensa de H.B. 5 de febrero de 1996."

G) A raíz del asesinato de don Fernando Múgica Herzog, destacado dirigente del PSEE-PSOE y ex presidente Provincial de dicho partido en el País Vasco ocurrido el 7 de febrero de 1996 y posteriormente reivindicado por ETA, la Mesa Nacional de Herri Batasuna difundió una "Nota de prensa de Herri Batasuna" fechada el 7 de febrero, firmada por la "Oficina de Prensa de Herri Batasuna" y publicada el 8, en que afirmaba que "la acción armada contra Fernando Múgica Herzog debe analizarse en el contexto de agudización de la dominación y represión española contra Euskal Herria" y que "de confirmarse la autoría atribuida a ETA, nos hallaríamos ante una nueva acción de contestación a la estrategia española de liquidación del pueblo vasco, dirigida contra una persona directamente relacionada con la trastienda del aparato de Estado Español". Después de otras reflexiones sobre "la negación de la identidad y los derechos de Euskal Herria", añadía: "De sobra saben quienes ahora se rasgan las vestiduras que ETA jamás ha actuado contra nadie por sus ideas o creencias políticas. Se esté de acuerdo o no con esta organización, los hechos ponen de manifiesto que ETA ha atacado siempre comportamientos y actuaciones, no palabras o ideas. Para Herri Batasuna, por tanto, esta acción se situaría como una respuesta más a la implicación y responsabilidad de determinadas personas en la trama negra del Estado Español en Euskal Herria". Después de referirse a la Alternativa Democrática y a que "el Gobierno de Madrid es absolutamente incapaz de controlar la situación y si opta por endurecer la represión no va a lograr sino una mayor contundencia en la respuesta de la sociedad vasca", concluía afirmando "Sería conveniente que dejando de lado las acostumbradas descalificaciones se pusieran de una vez por todas los medios para encauzar este conflicto que se prolonga innecesariamente por la cerrazón española".

Con motivo del asesinato del excelentísimo señor don Francisco Tomás y Valiente, ex Presidente del Tribunal Constitucional, ocurrido el 14 de febrero de 1997 (*sic*) y posteriormente reivindicado por ETA, la Mesa de H.B. difundió, con fecha 14 de febrero, una nueva "Nota de prensa de Herri Batasuna", igualmente firmada por la "Oficina de Prensa de Herri Batasuna", en que, iniciándose con la siguiente afirmación: "Tenemos que volver a señalar, ante la acción armada contra Tomás y Valiente, que quienes se niegan a buscar soluciones son los únicos responsables de que siga la espiral de acciones violentas por ambas partes", decía que "estos hechos son consecuencia directa de la intransigencia y cerrazón tanto del Gobierno como de las fuerzas políticas comprometidas con la estrategia de liquidación de Euskal Herria como nación. Sin duda, si el Gobierno no siguiera apostando una y otra vez por la acción represiva jamás se habría producido la acción armada de hoy"; se añadía que "existe una propuesta firme para dar una solución al conflicto, una oferta realizada explícitamente una y otra vez por ETA"; que el "Estado no puede acabar con ETA, en realidad ni siquiera puede impedir una acción cada vez más contundente de esta organización vasca. Y esto es así porque ETA es la punta del iceberg, una expresión de una sociedad insatisfecha que desea ser la dueña de su destino", y concluía: "Hacemos un nuevo llamamiento a la cordura y al pragmatismo y nos preguntamos qué más necesita el Estado para comprender que ha perdido su batalla contra el pueblo vasco. Por nuestra parte, reafirmamos nuestro compromiso de seguir defendiendo el proyecto independentista y hacemos nuestros los compromisos de la Alternativa

tiva Democrática que es, insistimos, la única propuesta de paz que hay sobre la mesa. Es el Gobierno el que tiene la palabra”.

H) Con fecha 20 de febrero de 1996, la Mesa Nacional de Herri Batasuna emitió el siguiente comunicado:

“Herri Batasuna asume la defensa y socialización de la Alternativa Democrática para Euskal Herria, presentada por ETA que constituye la única propuesta política para conseguir la paz en base al reconocimiento de derechos democráticos básicos y superar la confrontación violenta entre el Estado Español y Hego Euskal Herria.

La responsabilidad de Herri Batasuna es hacer llegar a la ciudadanía vasca y también a la del Estado español, implicadas hoy en esa confrontación y en sus consecuencias, la única propuesta existente para realizar la transición de esta confrontación violenta a una nueva situación democrática. Mostramos nuestra firme determinación de cumplir esa responsabilidad, porque no hacerlo sería tanto, como negar la responsabilidad de un futuro diferente a la actual y grave situación.

Debemos denunciar la extrema gravedad de la actuación del Gobierno y de la Audiencia Nacional españoles al pretender impedir el conocimiento de esta alternativa de paz. Llamamos la atención sobre el hecho de fondo que motiva tales actuaciones: la negativa a reconocer los derechos de Euskal Herria y la obstinación en mantener la imposición forzosa de la españolidad, es lo que conduce a una implicación de más y más instancias del Estado español en una política de escalada represiva, en la que tras recorrer la vía de la guerra sucia, la actuación superpuesta de todas las policías y servicios especiales, la tortura, la dispersión del colectivo de presos, la represión en la calle, se desliza ahora hacia la censura política y la detención de dirigentes políticos de Herri Batasuna por la expresión de ideas y programas netamente políticos.

Quiéren silenciar por la fuerza la Alternativa Democrática, quieren impedir con medidas de censura, coacción, amenazas o cárcel el conocimiento público de la misma. Denunciamos la grave responsabilidad que contraen con ello Felipe G. y Juan Alberto B., el juez de la Audiencia Nacional Baltasar G., y también A. y los responsables políticos de la Ertzaintza plenamente implicada en esta persecución de las ideas y propuestas políticas.

En consecuencia, Herri Batasuna se ratifica en su determinación de impulsar la Alternativa Democrática para Euskal Herria. Asumimos esta tarea como compromiso colectivo del conjunto de Herri Batasuna con nuestro pueblo, al que jamás consentiremos se le arrebatase una alternativa de futuro libre y democrática.

Depositamos en todo el pueblo vasco la defensa de nuestra libertad colectiva para pensar, opinar, debatir y decidir sobre el futuro de Euskal Herria, y negamos toda legitimidad a cualquier instancia represiva del Estado español para actuar mediante la coacción de jueces o policías contra nuestra libertad.

La Mesa Nacional de Herri Batasuna asume colectivamente la defensa de la Alternativa Democrática, y en tal sentido decide:

Que no rendirá cuentas por ello ante ninguna instancia policial o judicial española, o dependiente de ese Estado, ni individual ni colectivamente, por considerar que defender y socializar la Alternativa Democrática propuesta por ETA para Euskal Herria es un acto de ejercicio legítimo de la libertad y es, también, una obligación positiva ante el pueblo vasco necesitado de democracia.

Que asumirá de modo colectivo todas las consecuencias represivas penales o policiales que se deriven de la censura política adoptada por el Estado español. A tales efectos, la representación legal de nuestra formación política queda ostentada explícitamente por todos y cada uno de los miembros de esta Mesa Nacional, como se explicita en documento adjunto.

Que en consecuencia, es improcedente la citación realizada por la Audiencia Nacional a Jon Idígoras. Advertimos que la adopción de cualquier medida discriminatoria contra Jon Idígoras o cualquier otro miembro de Herri Batasuna será considerado como un acto de venganza sin ninguna legitimidad. En Bilbao, a 20 de febrero de 1996”. “Bajo la fecha figura la ikurriña y, a modo de rúbrica el rótulo Mesa Nacional de Herri Batasuna”.

f) Con apoyo en el precedente relato de hechos probados, la Sala Segunda condena a los recurrentes del modo antes reseñado [apartado d) de estos antecedentes] por entender que han realizado «un acto de colaboración con ETA, concretado en la decisión adoptada por los componentes de la Mesa Nacional de H.B., en su reunión de 5 de febrero de 1996, de ceder a una organización terrorista los espacios electorales gratuitos que como formación política le correspondían, asumiendo de esta forma su contenido» (fundamento jurídico 28, *in fine*).

Distintamente, la Sala absuelve de la acusación de apología del terrorismo [arts. 216 bis a) y 268 del Código Penal (en adelante, C.P.) de 1973], sostenida por la Asociación de Víctimas del Terrorismo en relación con los comunicados emitidos el 7 y 14 de febrero de 1996, a través de su Oficina de prensa, por la Mesa Nacional de H.B. [epígrafe G) del relato de hechos probados]. Para el Tribunal Supremo, las manifestaciones vertidas en tales comunicados no son subsumibles en la conducta tipificada en el art. 18.1 C.P. de 1995 «en la medida en que no suponen, expresamente, la manifestación pública de solidaridad con una actividad delictiva que se dirija y sea apta o capaz de provocar su perpetración» (fundamento jurídico 30). También desestima la Sala Segunda la pretensión acusatoria de pertenencia a banda armada (arts. 173 y 174.3, *in fine* C.P. de 1973), mantenida por la precitada Asociación en calidad de acusación popular, pues «carece de sustrato probatorio alguno» (fundamento jurídico 31).

3. La demanda de amparo reprocha a las resoluciones impugnadas la vulneración de los derechos a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 C.E.), a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 C.E.), al Juez ordinario predeterminado por la ley (art. 24.2 C.E.), al Juez imparcial (art. 24.2 C.E.), a la presunción de inocencia (art. 24.2 C.E.), a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable (art. 24.2 C.E.), al principio de legalidad penal (art. 25.1 C.E.), a la libertad de expresión e información [art. 20.1 a) y d) C.E.], a la libertad ideológica (art. 16.1 C.E.) y a la participación en los asuntos públicos (art. 23.1 C.E.). Las alegaciones al respecto se articulan, en lo sustancial, del modo siguiente:

a) Motivo primero.—Se quejan los demandantes de que los Autos de 6 de octubre de 1997, dictados por la Sala Segunda y por la Sala Especial del Tribunal Supremo en el incidente de recusación, vulneran los derechos a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 C.E.), a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 C.E.) y al Juez ordinario predeterminado por la ley (art. 24.2 C.E.). Aducen, de un lado, que el referido incidente se ha tramitado con manifiesta infracción del procedimiento legalmente previsto, y, de otro lado, que su rechazo a *limine* se ha fundado por la Sala Especial de un modo a todas luces irrazonable.

b) Motivo segundo.—Según la demanda, las manifestaciones relacionadas con el proceso que han efectuado algunos responsables políticos —singularmente quienes en el momento de pronunciarlas ostentaban responsabilidades en el poder ejecutivo— y que han sido difundidas por los medios de comunicación, así como los rumores, impresiones e informaciones que sobre los designios de la Sala enjuiciadora han recogido los propios medios antes de hacerse pública la Sentencia condenatoria, han generado un «clima» o contexto que ha impedido al Tribunal resolver con imparcialidad y exclusiva sumisión al imperio de la ley. Consideran los demandantes que, como consecuencia de la presión mediática con que se ha celebrado el juicio, han visto lesionados sus derechos a un proceso justo ante un Tribunal independiente e imparcial (art. 24.2 C.E.) y a la interdicción de la indefensión (art. 24.1 C.E.). Los hechos que ilustran esta alegación son los siguientes:

Determinada revista de ámbito nacional opinaba el 6 de octubre de 1997 que «el Gobierno quiere una condena de cinco años para los integrantes de la Mesa Nacional de H.B., una condena que se defiende (...) como castigo ejemplar (...) los mensajes lanzados desde el Gobierno al Tribunal forman parte de esa estrategia que inició el propio Presidente del Gobierno (...) que expresó su confianza en que se determinen en Derecho las consecuencias legales que esperan los españoles, (...) mensaje que ha sido reiterado en público, e incluso en privado, por altos cargos de Interior a miembros de la Judicatura. (...), que han reclamado que no se presione al Tribunal (...). Las fuentes judiciales consultadas sostienen que dos de los miembros del Tribunal (señores de Vega y Montero) se inclinan por la condena tras un estudio detallado de la causa».

El 17 de septiembre de 1997 un diario nacional ya se había hecho eco de ese rumor al señalar que «fuentes del Ejecutivo consideran más que probable que los dirigentes de H.B. sean condenados a una pena entre cinco y seis años. Según algunas fuentes, dos de los Magistrados que presidirían la vista podrían ser supuestamente proclives a la condena, mientras que otro mantiene sus dudas».

El 29 de agosto, añade la demanda, se publicaban unas manifestaciones del Fiscal Jefe de la Audiencia Nacional, sin competencias en el caso, según las cuales los acusados «... son los propios dirigentes de ETA y me parece muy bien que el Estado español tenga los medios suficientes para enjuiciarlos».

El 22 de julio de 1997, en el seno de una entrevista general, manifestaba el Presidente del Gobierno: «en la lucha contra el terrorismo todos tenemos nuestro ámbito de responsabilidad (...); tienen sus obligaciones las Fuerzas de Seguridad, los Jueces, los Fiscales (...). Espero que se determinen en Derecho las consecuencias legales que de la acción de la Justicia esperamos todos los españoles». A lo que añadía que a la estrategia de su Gobierno contra el terrorismo «contribuiría una Sentencia ejemplar» en el asunto de la Mesa Nacional de H.B.

El 9 de mayo de 1997 los medios de comunicación daban cuenta de una entrevista radiofónica al Ministro del Interior, en el curso de la cual se manifestó que dijo «tengo la certeza moral de que los cabecillas de H.B. merecen estar más de ocho años entre rejas, ahora falta la certeza jurídica».

c) Motivo tercero.—La Sentencia recurrida infringe el derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 C.E.), pues no contiene elemento de hecho alguno que sea constitutivo de delito, y las afirmaciones que aparecen en el relato de hechos, y que son base posterior de la condena, son meras elaboraciones del Tribunal, sin apoyo en pruebas directas o indirectas. La Sala, además, no llega a explicitar en la Sentencia ni los hechos pro-

bados que sirven de base a la posible prueba indiciaria, ni el razonamiento seguido, ni el porqué de la conclusión a que llega. A juicio de los recurrentes, la falta de pruebas se predica, en concreto, de los siguientes extremos, sucintamente expuestos:

No está probado que la motivación de ETA al hacer llegar unas videocintas a Herri Batasuna fuera la proximidad de las elecciones generales. La Sentencia afirma que miembros no determinados de ETA hicieron llegar a Herri Batasuna dos cintas de vídeo, acompañadas por una nota con el anagrama de dicha organización. Aunque la Sentencia no dice que las mismas cintas también fueron remitidas a otras organizaciones políticas y sociales —se citan: El sindicato LAB, los partidos políticos Lki-Zutik y Euskal Batasuna, y el movimiento social Elkarri—, ningún reproche cabe hacer en relación con esta concreta afirmación, que está basada en pruebas aportadas válidamente al proceso. Por el contrario, carece de soporte probatorio alguno, no se razona en la Sentencia y es fruto únicamente de la imaginación de la Sala la afirmación de que la remisión de las cintas de vídeo —por ETA a Herri Batasuna— se hizo ante la proximidad de las elecciones generales. Según la demanda, «ETA no recaba colaboración alguna de Herri Batasuna, ni con sus actividades, ni con sus fines delictivos».

No está probada la imposibilidad de ETA de acceder a los espacios electorales, ni que la Mesa Nacional de Herri Batasuna acordase ceder dichos espacios a ETA. En el *spot* electoral no se dice, como afirma la Sentencia, que Herri Batasuna cedía el espacio electoral a ETA. La frase completa, que consta en el relato de hechos probados, es como sigue: «Herri Batasuna quiere ofrecer con su voz esta propuesta democrática, la propuesta de paz para el País Vasco. H.B., además de luchar por la independencia y por la libertad de nuestro pueblo, les cede la palabra a los que realmente ofrecen una alternativa para la paz y para la democracia, para superar el conflicto de hoy en día, así como sus manifestaciones violentas». Es evidente que quien se dirige al eventual espectador es Herri Batasuna y no ETA, que a quien se cede la palabra no es a ETA por serlo, sino a quienes ofrecen una alternativa de paz y para la democracia con la finalidad de superar el conflicto existente, y que el espacio lo utiliza Herri Batasuna, que se sirve del juego audiovisual de poner un mensaje en boca de sus autores.

No está probado que la Mesa Nacional de Herri Batasuna decidiera encargar al Área de Comunicación la preparación de una maqueta incluyendo la segunda videocinta para ser emitida en espacios electorales. Es cierto que la Mesa Nacional dio el visto bueno para que la cinta, de unos veinte minutos de duración, pudiera ser emitida en las charlas, reuniones o asambleas que se iban a celebrar. Así consta en el comunicado de la Oficina de Prensa, en el que se dijo expresamente: «En la reunión de hoy, lunes, la Mesa Nacional ha decidido que es completamente pertinente ofrecer estos vídeos en las presentaciones de la Alternativa Democrática que se realizarán los próximos días». Es incierto, en cambio, que la Mesa Nacional ordenase que la segunda videocinta, de unos dos minutos de duración, fuera emitida como *spot* electoral en los espacios televisivos. No hay ni una sola prueba en el procedimiento que permita sostener tal afirmación.

No está probado que a la reunión del 5 de febrero de 1996 asistieran todos los miembros de la Mesa Nacional de Herri Batasuna. Todos los acusados manifestaron en sus declaraciones que a la citada reunión faltaron cinco de los componentes de la Mesa y que los acuerdos se adoptaron por mayoría. Sin ninguna otra prueba, la Sala deduce que en la reunión estuvieron presentes todos los acusados y que todos votaron el acuerdo relativo a las cintas de vídeo, con base en que las mani-

festaciones fueron coincidentes en este punto y tenían una «contextura monosilábica, condicional, lineal y carente de matices», y porque los acusados no habían aportado a la causa las actas de las reuniones. Esta deducción, aparte de absurda, desconoce el derecho de los acusados a no declararse culpables o a no facilitar su autoinculpación y supone una clara inversión de la carga de la prueba.

No está probado que la videocinta enviada a la televisión para ser emitida en un espacio electoral contuviera un mensaje alternativo, planteado en términos visuales desde una posición amenazante. A pesar de que la Sala afirma que el contenido de la denominada Alternativa Democrática no es delito, condena a los recurrentes como autores de un delito de colaboración con banda armada, por entender que dicho anuncio electoral «se plantea en términos visuales desde una posición amenazante de este tenor: O se aceptan las propuestas de la Alternativa Democrática, o aquí están nuestros instrumentos de confrontación y continuidad negociadora». Esta idea la elabora la Sala por la sola presencia de tres pistolas sobre una mesa.

d) Motivo cuarto.—Complementariamente a las alegaciones expuestas en el motivo anterior, sostienen los demandantes que la determinación de su responsabilidad penal, como autores de un delito de colaboración con banda armada, lesiona los derechos a no declarar contra sí mismos y a no confesarse culpables (art. 24.2 C.E.), en relación con el derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 C.E.).

Partiendo de la autonomía de los derechos fundamentales a no declarar contra sí mismos y a no confesarse culpables, se analiza el valor probatorio de los llamados conindicios, del silencio, de las declaraciones falsas y de las coartadas poco convincentes, para concluir, con invocación de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y de este Tribunal, que el silencio del acusado sólo puede ser considerado como un indicio inculpatario cuando ya existe una prueba objetiva de cargo, una evidencia en su contra. En segundo lugar, se reseña la doctrina del Tribunal Constitucional sobre las diversas manifestaciones del derecho a la presunción de inocencia y, en particular, sobre los requisitos que ha de reunir la prueba de indicios para desvirtuar dicha presunción.

Con tal fundamento, la demanda sostiene que ninguno de los medios probatorios considerados por el Tribunal *a quo* constituyen prueba suficiente, directa o indiciaria, para determinar la autoría de los recurrentes. Esta conclusión se predica de los elementos probatorios contemplados por la Sala al establecer la autoría de los veintitrés acusados, y, señaladamente, de sus declaraciones, de los Estatutos de Herri Batasuna, de los diversos documentos obrantes en la causa y de lo que evidencian las videocintas.

La Sala ha reputado los silencios y las declaraciones de los acusados —a las que no concede credibilidad— como indicios que permiten fundar su condena. Esta decisión se juzga contraria a la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, del Tribunal Constitucional y del propio Tribunal Supremo, pues en el presente caso no existen evidencias objetivas para confirmar la autoría de los mismos. De la falta de credibilidad de tales declaraciones se podrá deducir que el Acuerdo de cesión del espacio electoral no fue obra del entonces responsable del Área de Comunicación de H.B., señor San Pedro, pero esa incredibilidad de los acusados, cuando afirman que a la reunión de la Mesa Nacional del día 5 de febrero de 1996 faltaron cinco miembros, no puede considerarse como indicio a efectos de concluir quiénes participaron en dicha reunión y cuál fue el voto de cada participante. Tampoco las declaraciones del señor Araiz Flamarique, al reconocer que la Mesa Nacional acordó remitir al Rey y al Presidente del Gobierno

las cintas de vídeo, permiten entender probado, directa o indiciariamente, qué miembros de la Mesa participaron en la decisión y cuál fue el sentido de su voto.

Por lo demás, el contenido de los Estatutos de Herri Batasuna y, en especial, a aquellas normas que definen su estructura —diferente de la de otros partidos políticos convencionales, pues no cuenta con un Secretario general o Coordinador general, sino que las competencias, funciones y capacidad ejecutiva corresponden a un órgano colegiado, la Mesa Nacional, no autorizan a concluir, de modo directo o indiciario, como ha hecho el Tribunal Supremo, que en todos y cada uno de los Acuerdos del órgano ejecutivo de H.B. intervengan todos sus componentes, ni cuál sea el alcance de su participación. Asimismo, los documentos que obran en la causa —nota de la oficina de prensa de H.B. de 5 de febrero de 1996 y los comunicados de los días 16 y 20 del mismo mes y año— y las cintas de vídeo nada aportan para establecer la autoría de los acusados.

Por último, aun en la hipótesis de que los elementos apuntados por la Sala pudieran estimarse como datos indiciarios, de ellos no se puede inferir, en los términos exigidos por la doctrina del Tribunal Constitucional y por la jurisprudencia, que todos y cada uno de los acusados concurren en la toma de la decisión calificada como delito. El Tribunal Supremo no explicita cuál es el razonamiento que ha seguido para concluir en ese sentido, lo que determina la imposibilidad de considerar los indicios como prueba.

e) Motivo quinto.—Aducen los recurrentes que la Sala *a quo* ha efectuado una aplicación extensiva *in malam partem* del art. 174 bis a) del C.P. de 1973, lo que supone vulnerar el principio de legalidad penal (art. 25.1 C.E.), en su vertiente de garantía criminal —*nullum crimen sine lege*.

En concreto, reprochan al órgano judicial haber realizado una incorrecta subsunción de los hechos en el tipo penal aplicado, basada en una interpretación que extiende indebidamente el tipo penal a conductas no incardinadas en él, y que, por ello, impide prever qué conductas son o no delictivas. Esta exigencia de previsibilidad se encuentra reforzada en el presente caso porque, al tratarse de la actividad de un partido político en época de campaña electoral, resultan afectados otros derechos y libertades fundamentales como la libertad de expresión, la libertad de información, la libertad ideológica o el derecho a crear debate político y social.

La demanda desarrolla una interpretación constitucional de la norma aplicada y, en particular, del último inciso del núm. 2 del art. 174 bis a), cuando se refiere a «cualquier otra forma de cooperación, ayuda o mediación económica o de otro género, con las actividades de las citadas bandas (armadas) o elementos (terroristas o rebeldes)». Al decir de los recurrentes, se trata de una cláusula abierta que comprende supuestos de cooperación con una gravedad equivalente a la de las acciones tipificadas en los cuatro incisos anteriores, que prevén hipótesis de auxilio material o personal a las organizaciones armadas (v. gr., construcción de zulos u ocultación de terroristas).

Por otra parte, el recurso sostiene que el referido art. 174 bis a) no incrimina la conducta consistente en favorecer la realización de los fines ideológicos o políticos de las organizaciones armadas. Esta conclusión se sigue, en opinión de los demandantes, de una interpretación gramatical del precepto (la referencia a los fines se hace exclusivamente en el núm. 1 y no en el núm. 2 del artículo), de los antecedentes legislativos, del debate parlamentario que precedió a su aprobación, de su exégesis conjunta con los arts. 174 bis b) del mismo C.P. y 571 del C.P. de 1995, y de las opiniones doctrinales y jurisprudenciales sobre el delito de colaboración con banda armada.

La Sentencia impugnada, que no ha seguido las anteriores pautas y criterios interpretativos, vulnera el prin-

cipio de legalidad penal, pues la gravedad de la conducta enjuiciada en este caso no es la que presupone la cláusula genérica del último inciso del art. 174 bis a).2. A lo que se añade, en primer lugar, que las cintas de vídeo no favorecen las actividades de ETA, sino que contribuyen a superarlas; y se dice, en segundo término, que si el contenido de la Alternativa Democrática era ya conocido desde abril de 1995 y no había sido perseguido penalmente, no puede nacer el delito porque a la letra de esa Alternativa se le dé voz e imagen: Lo que no es delictivo en soporte de papel, tampoco lo puede ser en soporte audiovisual.

Finalmente, denuncia la demanda que la resolución de la Sala Segunda del Tribunal Supremo se aparta de las pautas axiológicas que informan la Constitución. El hecho considerado punible forma parte de la actividad de una formación política legal y el art. 6 C.E. impone una protección reforzada respecto de las actuaciones de los partidos políticos. En el desempeño de la acción política, ostenta un valor preferente el ejercicio de las libertades de expresión [art. 20.1 a) C.E.], de información [art. 20.1 d) C.E.] e ideológica (art. 16.1 C.E.), así como el pluralismo político (art. 6 C.E.). Y todo ello sin olvidar, como la Sala *a quo* olvida, que, según la propia jurisprudencia (Sentencias del Tribunal Supremo del 24 de enero de 1992, 26 de mayo de 1992, 2 de febrero de 1993 y 8 de marzo de 1995), la colaboración con banda armada es un delito de peligro, y sin embargo la conducta de los recurrentes no ha hecho peligrar la vida, la integridad física y la libertad personal de sujeto alguno.

f) Motivo sexto.—Con carácter subsidiario respecto de la pretensión formulada en el motivo precedente, se plantea la infracción del principio de legalidad penal (art. 25.1 C.E.) como consecuencia de la inaplicación retroactiva del art. 576.2 del C.P. de 1995, que se juzga norma penal más favorable.

La demanda reconoce que, si bien el art. 9.3 C.E. garantiza la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales y, *a contrario sensu*, la retroactividad de la ley penal más beneficiosa, ello no da lugar a un derecho tutelable en vía de amparo. Sin embargo, al propio tiempo se recuerda que este Tribunal no ha descartado la posibilidad de configurar un derecho fundamental a la aplicación de la ley penal más favorable, merced a una interpretación conjunta de los arts. 9.3 y 17.1 C.E. Sobre esta base, aducen los recurrentes que la introducción del término «equivalente» en el art. 576.2 C.P. de 1995 limita las conductas de colaboración a los actos de auxilio personal o material que sean de semejante gravedad a los que se relacionan expresamente en el precepto. De ahí se sigue, pues, el carácter más favorable del citado art. 576, no por prever pena más leve, sino porque reduce el ámbito de las acciones inculcadas y, en concreto, excluye la tipicidad del comportamiento reprochado a los integrantes de la Mesa Nacional de H.B.

g) Motivos séptimo, octavo y noveno.—Sostienen los actores que el comportamiento sancionado penalmente está amparado por las libertades de expresión y de información, que actúan como causas de justificación constitucional, y postulan, en consecuencia, que la Sentencia recurrida vulnera los apartados a) y d) del art. 20.1 C.E. Al respecto, la demanda contiene las siguientes consideraciones:

Con carácter general y tras invocar el art. 10.2 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (en adelante, C.E.D.H.), se afirma que la condena impuesta no está prevista por la ley con la certeza que exige la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y no constituye una medida necesaria en una sociedad democrática.

El Acuerdo e intento de difusión de las videocintas afecta a una materia de interés general, cual es el fin de la violencia practicada por ETA, que suscita en la sociedad las más variadas opiniones y propuestas.

La conducta enjuiciada se sitúa claramente en el segundo término del binomio «expresión»/«información», pues, en sustancia, los demandantes se han limitado a informar sobre lo que otros dicen, y lo han hecho del modo más veraz posible: «Poniendo al alcance de la opinión pública a esos "otros" hablando y contando el tema». Alegan, en este sentido, que si los periodistas pueden informar de lo que dice una organización terrorista, interrogar a sus representantes y publicar la entrevista, porque tal difusión enriquece el debate político, no se alcanza a comprender en virtud de qué se niega tal derecho a los dirigentes de una agrupación política, que son protagonistas del debate político.

En cualquier caso, dicen los recurrentes que los hechos enjuiciados estarían amparados por la libertad de expresión de ideas, creencias u opiniones, pues, en contra de lo afirmado por la Sentencia, no existe incompatibilidad alguna entre la Alternativa Democrática que presentan los vídeos y una proposición de paz. La mencionada Alternativa plantea una solución negociada y ofrece el alto el fuego, sin que la presencia de las pistolas impida hablar de una propuesta de paz. La Sentencia habría realizado una ponderación irrazonable, arbitraria o manifiestamente errónea de las videocintas, al no tener en cuenta el contexto de violencia preexistente en que tiene lugar el intento de difundir la Alternativa Democrática.

Por añadidura, los demandantes cuestionan la proporcionalidad de que los Tribunales hayan incoado diligencias penales y de que, en su seno, hayan acordado el secuestro de las cuñas radiofónicas y de los *spots* televisivos.

h) Motivo décimo.—En estrecha conexión con las anteriores alegaciones, mantienen los actores que los hechos sancionados tuvieron lugar en el seno de la controversia política, pública y plural, por lo que estaban cobijados por el derecho a participar en los asuntos públicos (art. 23.1 C.E.) y por el derecho a la libertad ideológica (art. 16.1 C.E.), que han sido vulnerados por la Sentencia condenatoria.

i) Motivo undécimo.—Se invoca la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 C.E.), en su vertiente de reconocimiento del derecho a la doble instancia penal [art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante, P.I.D.C.P.)], como consecuencia de la imposibilidad de interponer recurso alguno, dentro de la jurisdicción ordinaria, contra la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, que fue dictada en primera y única instancia en virtud de un peculiar aforamiento: La pertenencia de algunos de los recurrentes a dos Parlamentos autonómicos distintos.

4. En atención a lo expuesto, los demandantes solicitan de este Tribunal que otorgue el amparo impetrado y que, en su virtud, anule la Sentencia y los Autos recurridos por infringir los derechos fundamentales que invocan. Por otrosí solicitan, de conformidad con lo preceptuado en el art. 56 LOTC, la suspensión de la ejecución de la Sentencia impugnada hasta que se resuelva el presente recurso, pues, de lo contrario, se les irrogaría un perjuicio que haría perder al amparo su finalidad.

5. Por providencia de 12 de enero de 1998, la Sección Primera de este Tribunal tuvo por recibido el escrito de demanda con los documentos que la acompañan y, al amparo del art. 50.5 LOTC, acordó conceder un plazo de diez días al Procurador de los recurrentes, al efecto de que procediese a la firma de la demanda presentada y aportase las correspondientes copias de la Sentencia recurrida (art. 49.3 LOTC).

6. Mediante escrito registrado en la sede de este Tribunal el día 19 de enero de 1998, el Procurador de los Tribunales y de los ahora recurrentes, don José Manuel de Dorremochea Aramburu, manifiesta que aporta las copias requeridas de la Sentencia dictada por la Sala Segunda del Tribunal Supremo en la causa especial núm. 840/96 y que se ratifica en la firma que consta en la demanda.

7. En providencia de 26 de enero de 1998, la Sección Primera acuerda: a) Tener por ratificada y reconocida como del Procurador la firma ilegible que en el escrito de demanda precede a la de los Letrados señores Landa y Goiricelaya. b) Conceder un nuevo y último plazo de cinco días al Procurador Sr. Dorremochea para que, en cumplimiento del art. 49.3 LOTC, presente cuatro copias de la Sentencia que impugna y tres del Auto de aclaración. Este último requerimiento fue cumplido por escrito presentado en este Tribunal el día 30 de enero de 1998.

8. Mediante providencia de 23 de febrero de 1998, la Sección admitió a trámite la demanda de amparo y, en aplicación de lo dispuesto en el art. 51 LOTC, acordó dirigir atenta comunicación a la Sala Segunda del Tribunal Supremo, para que, en el plazo de diez días, remitiera testimonio de la causa especial núm. 840/96, incluido el incidente de recusación; asimismo, se acordó la práctica de los emplazamientos pertinentes.

9. Mediante providencia de 17 de marzo de 1998, se tiene por personado y parte al Procurador don José Vila Rodríguez, en nombre y representación de la Asociación de Víctimas del Terrorismo, de acuerdo con la solicitud deducida en el escrito registrado en este Tribunal el día 9 del mismo mes y año.

10. Formada la correspondiente pieza separada para la tramitación del incidente de suspensión (providencia de 23 de febrero de 1998), y evacuado el trámite de alegaciones por el Ministerio Público, los recurrentes y la Asociación de Víctimas del Terrorismo mediante escritos registrados, respectivamente, los días 27 de febrero, 28 de febrero y 18 de marzo de 1998, la Sala Primera de este Tribunal denegó la suspensión solicitada por Auto de 25 de marzo de 1998.

11. En providencia de 30 de marzo de 1998, la Sala Primera acuerda dar vista de las actuaciones remitidas por la Sala Segunda al Ministerio Fiscal, a los solicitantes de amparo y a la parte personada, por plazo común de veinte días, para formular alegaciones, conforme determina el art. 52.1 LOTC.

12. El Ministerio Público presentó alegaciones mediante escrito registrado el 22 de abril de 1998, en el que interesó la desestimación del recurso de amparo por las siguientes razones, sumariamente expuestas:

a) Respecto de las alegaciones contenidas en el motivo primero de la demanda, mantiene el Ministerio Público que la inobservancia del procedimiento legal en el incidente de recusación agota su eficacia en lo puramente formal, sin lesión material de derechos fundamentales; que la arbitraria invocación de la causa de abstención justifica el rechazo *a limine* del incidente; y, por último, que la motivación expresada por la Sala Especial para inadmitir es plenamente conforme a razón.

b) Afirma el Fiscal, frente a los alegatos del motivo segundo, que no ha existido perturbación alguna de la independencia del Tribunal sentenciador: Los recurrentes efectúan una interpretación interesada de lo que no constituye sino una reacción social proporcionada a la trascendencia de los hechos.

c) Tras reseñar la jurisprudencia de este Tribunal sobre el derecho a la presunción de inocencia —en particular, en lo que concierne a la prueba indiciaria— y después de analizar la motivación al respecto de la Sen-

tencia recurrida, se niega la conculcación de ese derecho —y del derecho a no declarar contra sí mismo, invocado instrumentalmente por los recurrentes—, con apoyo en dos consideraciones principales: En primer lugar, la improcedencia del método argumentativo empleado por los actores, pues disgregan en apartados independientes lo que constituye la redacción de hechos probados y la prueba practicada en el juicio, y, en segundo término, porque la demanda evidencia una mera discrepancia con la valoración de la prueba efectuada por la Sala *a quo*, lo que carece de relevancia constitucional.

d) Respecto de la infracción del principio de legalidad penal, la aplicación al caso de la doctrina constitucional (v. gr., SSTC 89/1993, 34/1996, 137/1997 y 151/1997), permite concluir:

La expresión «actos de colaboración» del art. 174 bis a) C.P. de 1973 ni es imprecisa ni requiere acudir a la analogía para determinar su contenido, que, según la propia norma y su interpretación doctrinal y jurisprudencial, viene dado por la vinculación a los fines de las bandas armadas y por la ayuda eficaz, *in genere*, a la actividad de éstas.

La cláusula abierta del inciso final del art. 174 bis a) 2 está constitucionalmente justificada, tanto por la absoluta necesidad de tutela de la sociedad frente al terrorismo, como por la imposibilidad técnica de construir un elenco exhaustivo de actos de cooperación.

Carece de todo fundamento la alegación de que es atípica la adhesión o simpatía ideológica con los fines de una banda armada, pues la condena en absoluto se sustenta en tal circunstancia.

Finalmente, al amparo del art. 25.1 C.E., los demandantes pretenden la tutela de un inexistente derecho fundamental a la aplicación retroactiva de la ley penal más favorable, máxime cuando la introducción del término «equivalente» en el art. 576.2 C.P. de 1995 no ha alterado el ámbito de la tipicidad establecida por el art. 174 bis a) C.P. de 1973, pues tal inserción no hace sino abundar en que el acto, por su eficacia, ha de ser de cooperación con los fines y/o las actividades de las bandas armadas o elementos terroristas.

e) Sobre las supuestas infracciones de las libertades de expresión, información e ideológica, y del derecho a participar en los asuntos públicos, mantiene el Ministerio Fiscal:

La libertad implicada en el caso no es tanto la de información cuanto la de expresión, pues los recurrentes pretendían dar su opinión sobre la Alternativa Democrática. En consecuencia, resulta irrelevante el hecho de que la «información» sea veraz, al tiempo que no es aplicable la doctrina de este Tribunal sobre el llamado «reportaje neutral», ya que los actores han asumido como propio lo que intentaban difundir.

La previsibilidad de la injerencia en la libertad de expresión (art. 10.2 C.E.D.H.) no plantea sombra de duda, vistos los términos del art. 174 bis a) C.P. de 1973, a la luz de su constante interpretación jurisprudencial.

La restricción en la referida libertad ha sido necesaria en una sociedad democrática, dada la extrema gravedad inherente al fenómeno terrorista, y también ha sido proporcionada, al no existir ninguna alternativa lícita a la incoación del proceso penal. Ante hechos de apariencia delictiva, los órganos judiciales tienen el deber, en ejercicio de una competencia exclusiva, de proceder penalmente.

La valoración que efectúa la Sala *a quo* sobre el contenido violento del mensaje está motivada por extenso y conforme a razón. Esta circunstancia excluye categóricamente, de acuerdo con el criterio reiterado de este Tribunal, que, en el caso, exista ejercicio lícito de los derechos y libertades consagrados por los arts. 16.1, 20.1 a) y d), y 23.1 C.E.

f) Por último, aduce el Ministerio Fiscal que la denuncia contenida en el motivo undécimo de la demanda es cuestión repetidamente resuelta por la jurisprudencia de este Tribunal en sentido contrario al pretendido por los actores (cita, a modo de ejemplo, las SSTC 51/1985, 30/1986, 33/1989, 55/1990, 166/1993 y 22/1997; y los AATC 1.309/1988, 194/1989 y 318/1995). Todas estas resoluciones —añade— declaran que el art. 14.5 P.I.D.C.P. no autoriza a crear recursos inexistentes y que la intervención del Tribunal Supremo en primera y única instancia suple la ausencia de una segunda instancia, dada su condición de órgano máximo de la jurisdicción ordinaria.

13. La Asociación de Víctimas del Terrorismo, por escrito presentado en la sede de este Tribunal el 25 de abril de 1998, suplica la desestimación del recurso con apoyo, en síntesis, en los siguientes alegatos:

a) No existen las vulneraciones de derechos supuestamente cometidas al tramitar y resolver el incidente de recusación, en primer lugar, porque correspondía a la Sala Especial del art. 61 L.O.P.J. el entero conocimiento del incidente, ex arts. 61, 224 y 225 L.O.P.J.; en segundo término, porque la extemporaneidad apreciada por dicha Sala es completamente ajustada al art. 223.1 L.O.P.J., y, por fin, porque el Tribunal sentenciador acierta al apreciar, *prima facie*, la absoluta falta de encaje de los hechos aducidos en las causas legales de abstención.

b) Se niega que la independencia e imparcialidad de la Sala Segunda del Tribunal Supremo se haya visto inquietada, pues lo único que representan las noticias de prensa es el interés suscitado en la sociedad por el proceso contra los integrantes de la Mesa Nacional de Herri Batasuna.

c) En relación con las denunciadas lesiones del derecho a la presunción de inocencia y del derecho a no declarar contra sí mismos y a no confesarse culpables (motivos tercero y cuarto de la demanda), manifiesta la parte personada su discrepancia con tales pretensiones, en síntesis, porque:

Los recurrentes no sólo no impugnan el material probatorio de que ha partido la Sala, sino que expresamente reconocen (pág. 36 del escrito de demanda) su debida aportación al proceso.

No es aceptable la práctica que se realiza en la demanda «de desmenuzamiento» de todos y cada uno de los elementos del relato de hechos (STC 20/1987).

Los actores, en realidad, se limitan a sustituir el lógico y racional criterio interpretativo de la Sala por su particular y condicionado modo de valorar las pruebas obrantes en autos.

Los condenados en ningún momento han sido compelidos a efectuar declaración alguna; antes al contrario, en todo momento han ejercido su derecho a declarar como han tenido por conveniente y a no contestar a las preguntas de las acusaciones.

La Sala ha contado con evidencias objetivas (declaraciones de los imputados, documentos emanados de la Mesa Nacional, material audiovisual y el hecho notorio de que todos los acusados formaban parte del órgano ejecutivo de H.B.), que, en recta razón y con minuciosa motivación, la han llevado a inferir la participación de todos los recurrentes en los hechos delictivos. Máxime cuando aquéllos no niegan su intervención en el diseño de la campaña electoral, ni explican el sentido de su voto o su oposición a contenido alguno de la referida campaña.

d) El esfuerzo argumental de la demanda acerca de la extensión y contenido del principio de legalidad no parte de la interpretación que se realiza del art. 174 bis a) C.P. de 1973, sino de una determinada valoración

de cuál ha sido el resultado de la prueba, para así negar la posibilidad de subsumir los hechos acreditados en la norma aplicada. En este sentido se citan, por ejemplo, las siguientes afirmaciones de la demanda (pág. 131): «Cuestión distinta sería que en el vídeo se hiciera llamamiento a la lucha armada o a la integración en ETA o se contuvieran amenazas. Ahí sí habría una aplicación de la norma ajustada a sus previsiones y colaboración típica con las actividades y con la organización. Pero la prueba ha acreditado la ausencia de esos significados en el vídeo».

e) El motivo sexto de la demanda plantea un problema de mera legalidad ordinaria [cuál de dos normas —el art. 174 bis a) C.P. de 1973 o el art. 576 C.P. de 1995— es más favorable], no revisable en la vía de amparo constitucional.

f) En lo que concierne a los motivos séptimo a décimo de la demanda, la Asociación personada postula, en sustancia, que no concurren los requisitos para aplicar la doctrina sobre el llamado «reportaje neutral», dado que, como evidencia el *spot* electoral, los actores valoran positivamente y asumen lo que a continuación van a decir aquellos a quienes ceden la palabra. Con carácter general, el contenido del mensaje, claramente amenazante, impide considerar que los hechos enjuiciados son ejercicio lícito de las libertades de expresión, de información e ideológica, y del derecho a participar en los asuntos públicos.

g) La presunta vulneración del derecho a la doble instancia en materia penal incurre en dos causas de inadmisión: De un lado, tal lesión no fue invocada ante el Tribunal *a quo* [art. 44.1 c) LOTC]; de otro lado, no se agotaron los recursos pertinentes frente a la resolución de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, aceptando su competencia [art. 44.1 a) LOTC]. Por lo demás, la infracción denunciada tampoco existiría, de acuerdo con el art. 2.2 del Protocolo Adicional núm. 7 al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos.

14. Los demandantes de amparo, que no formularon alegaciones, mediante escrito presentado el 5 de febrero de 1999 solicitan de este Tribunal que resuelva a la mayor brevedad posible el presente recurso y en el sentido pedido en la demanda.

15. Por providencia de 10 de febrero de 1999, la Sala Primera requirió atentamente de la Sala Segunda del Tribunal Supremo la remisión de: 1) El vídeo, de aproximadamente veinte minutos, que contiene la presentación de la Alternativa Democrática. 2) El vídeo, de aproximadamente dos minutos, encargado como *spot* electoral para su difusión en las televisiones públicas de Navarra y el País Vasco. 3) La cinta magnetofónica, de aproximadamente dos minutos, que el Área de Comunicación de la Mesa Nacional de Herri Batasuna remitió a Radio Nacional de España para su inserción en los espacios gratuitos de la campaña electoral. La remisión solicitada fue llevada a efecto en fecha 17 de febrero de 1999.

16. El 10 de febrero de 1999 el Pleno de este Tribunal, al amparo de lo dispuesto en el art. 10 k) LOTC, acordó, a propuesta de su Presidente, recabar para sí el conocimiento del presente recurso.

17. Por Acuerdo de la Presidencia de 27 de mayo de 1999, se dispuso que puesto que en la deliberación del presente recurso de amparo ha quedado en minoría, en el Pleno, la posición mantenida por el Magistrado Ponente don Manuel Jiménez de Parga y Cabrera, en uso de las facultades que confiere el art. 80 LOTC en relación con el art. 206 L.O.P.J., asume la ponencia el Vicepresidente don Carles Viver Pi-Sunyer.

18. Por providencia de 16 de julio de 1999, se señaló para deliberación y votación del presente recurso de amparo el día 19 del mismo mes y año.

## II. Fundamentos jurídicos

1. El presente recurso de amparo tiene un doble objeto: De un lado, los Autos de 6 de octubre de 1997 dictados, uno, por la Sala Segunda del Tribunal Supremo, y, otro, por la Sala prevista en el art. 61.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (L.O.P.J.), por los que se rechaza el incidente de recusación del excelentísimo señor Presidente de la Sala Segunda; de otro lado, la Sentencia núm. 2/1997, de 29 de noviembre, dictada por la Sala Segunda del Tribunal Supremo, en la causa especial núm. 840/96, por la que se condena a los veintitrés demandantes de amparo, todos ellos miembros de la Mesa Nacional de la asociación política Herri Batasuna (en adelante, H.B.), como autores de un delito de colaboración con banda armada, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de siete años de prisión mayor y multa de 500.000 pesetas, con las accesorias de suspensión de cargo público y del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

Los hechos declarados probados objeto de condena son los siguientes: En primer lugar, el Acuerdo adoptado por la Mesa de H.B. el día 5 de febrero de 1996 de «asumir el contenido de las videocintas», que determinados miembros no identificados de la organización armada ETA les habían hecho llegar ante la proximidad de las elecciones generales del 3 de marzo de 1996, así como el de proceder a su difusión y, muy señaladamente, el de ceder a dicha organización los espacios electorales correspondientes a dicha asociación política. En segundo lugar, el encargo efectuado al Área de Comunicación de la Mesa de H.B. de anunciar, programar y exhibir copias de la mencionada videocinta en actos públicos y de preparar una maqueta y copias de una segunda videocinta, de unos dos minutos de duración, para que fuese emitida por las televisiones públicas como *spot* electoral, previa remisión a las televisiones públicas del País Vasco y de Navarra. Asimismo, como «hechos complementarios», destaca la Sentencia que, también en cumplimiento del acuerdo de 5 de febrero, se confeccionó una cinta magnetofónica, de dos minutos de duración, que el Área de Comunicación de la Mesa de H.B. remitió a Radio Nacional de España para su inserción en los espacios gratuitos de la campaña electoral del 19 de febrero, y, posteriormente, tras la prohibición de la difusión de los *spots* electorales y de la cinta magnetofónica, se envió la videocinta de veinte minutos a S.M. el Rey y al Presidente del Gobierno, junto a un comunicado de H.B. Finalmente, la Mesa acordó que su Área de Comunicación remitiera a Televisión Española un nuevo *spot* electoral, en el que, tras una breve introducción en *off*, aparece únicamente la expresión «censurado».

Como queda dicho, la videocinta, el primer *spot* electoral y las cintas magnetofónicas no llegaron a emitirse por decisión adoptada el 16 de febrero de 1996 por el Juzgado Central de Instrucción núm. 5 de la Audiencia Nacional.

2. Según se ha reseñado con detalle en los antecedentes, los demandantes de amparo alegan que han sido condenados por el «acuerdo e intento» de difundir durante la campaña electoral, en su condición de dirigentes de una asociación política legal, una información veraz sobre un hecho de indudable interés general y relevancia pública, como son las propuestas de ETA para «lograr el final de la violencia» en el País Vasco. La condena, que a su juicio conculca varios derechos sustantivos, la habría dictado un Tribunal que no cumplía las exigencias constitucionales de independencia e imparcialidad y lo habría hecho siguiendo un proceso en el que se vulneraron diversas garantías procesales recogidas en la Constitución.

Concretamente, denuncian la vulneración de sus derechos a la tutela judicial efectiva, con interdicción de indefensión (art. 24.1 C.E.); a un proceso con todas las garantías ante un Tribunal independiente e imparcial (art. 24.2 C.E.); a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia (art. 24.2 C.E.); a la legalidad penal (art. 25.1 C.E.); a la libertad de expresión e información [art. 20.1 a) y d) C.E.]; a la libertad ideológica (art. 16.1 C.E.); a participar en asuntos públicos (art. 23.1 C.E.), y, finalmente, a una «segunda instancia» en materia penal (art. 24.1 C.E.). Los argumentos en los que basan las referidas pretensiones se irán exponiendo en los correspondientes fundamentos jurídicos de esta Sentencia.

El Ministerio Fiscal, por las razones que también se irán resumiendo, rechaza las alegaciones vertidas por los demandantes y solicita la desestimación de la demanda de amparo.

3. De acuerdo con las pautas habitualmente seguidas por este Tribunal, examinaremos en primer lugar las quejas de índole formal o procesal y, más concretamente, las que tienen por objeto a los Autos de 6 de octubre de 1997, dictados en el incidente de recusación por la Sala Segunda del Tribunal Supremo y por la Sala prevista en el art. 61 L.O.P.J. a los que los recurrentes de amparo imputan la vulneración de los derechos a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 C.E.), a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 C.E.) y al Juez ordinario predeterminado por la ley (art. 24.2 C.E.).

Se quejan de que la Sala Segunda del Tribunal Supremo, después de tener por incoado el incidente de recusación, lo remitiera directamente al órgano competente para resolver sobre él: La Sala regulada en el art. 61 L.O.P.J. De este modo, se vieron privados del trámite legalmente establecido, que consta de dos fases previas a la resolución del incidente: La de admisión a trámite, que corresponde a la propia Sala Segunda y cuya decisión de inadmisión hubiera podido ser recurrida en súplica ante la misma Sala, y la fase de instrucción, que debería efectuar en este caso el Presidente de Sala más antiguo (art. 224 L.O.P.J.), con audiencia del Ministerio Fiscal, con un período de prueba y evacuando informe el Magistrado recusado, para aceptar o rechazar la recusación (art. 225 L.O.P.J.). Así, pues, la lesión de los derechos a la tutela judicial efectiva, a un proceso con todas las garantías y al Juez ordinario predeterminado por la ley traería causa, ante todo, de la alegada infracción manifiesta del procedimiento recusatorio.

Los recurrentes discrepan también de las razones que han llevado a la Sala prevista en el art. 61 L.O.P.J. a rechazar *a limine* el incidente de recusación, a saber: Su planteamiento extemporáneo y el dato de que, según dicho órgano judicial, los hechos en que se funda la pretensión recusatoria no guardan la menor analogía con la causa de abstención invocada. Alegan, en este sentido, que la supuesta extemporaneidad se basa tanto en una exégesis manifiestamente irrazonable del art. 223.1 L.O.P.J., como en la presunción, no susceptible de prueba en contrario, de que conocían previamente las circunstancias que motivaron la recusación. En segundo término, en cuanto al encaje de los hechos en la causa de abstención alegada, sostienen, de un lado, que los antecedentes del Auto de la Sala Especial no contemplan todos los hechos aducidos y, de otro lado, que la inadmisión del incidente está fundada en razones de fondo, pues la Sala efectúa una labor de interpretación de la norma y de subsunción en ella del *factum*, para concluir que los hechos no guardan relación con el motivo de abstención. Este motivo material exigía, a juicio de los recurrentes, la sustanciación previa del incidente, tal y como habría declarado, para un supuesto similar, la STC 47/1982.

Por el contrario, para el Ministerio Fiscal la inobservancia del procedimiento legal denunciada agota sus

efectos en lo puramente formal, sin que en momento alguno se produjera la lesión material de los derechos alegados. Por otra parte, la inadmisión *a limine* resulta suficientemente fundada desde la perspectiva constitucional.

4. Al enjuiciar esta primera queja, no puede menos que advertirse de entrada que, en efecto, en la tramitación del incidente de recusación se han producido infracciones relevantes de las reglas procesales que ordenan este tipo de incidentes, privándose a los recurrentes de algunos de los trámites legalmente previstos, al remitirse directamente la pretensión recusatoria al órgano encargado de resolver definitivamente el incidente.

Con todo, como pone de manifiesto el Ministerio Fiscal, debe tenerse presente que este Tribunal ha declarado reiteradamente, en referencia específica los incidentes de recusación, que los defectos procesales en ellos producidos únicamente poseen relevancia constitucional si «tienen una incidencia material concreta» (por todas, SSTC 230/1992 y 6/1998), es decir, si de ellos se ha derivado finalmente una efectiva indefensión material. Debe advertirse, sin embargo, que la verificación de este extremo adquiere una dimensión singular cuando, como ocurre en el presente caso, lo que está en juego es la legitimidad constitucional de la inadmisión *a limine* del incidente recusatorio.

Debemos determinar, pues, si en el supuesto aquí enjuiciado las irregularidades procesales mencionadas han producido el referido efecto de indefensión material de los demandantes de amparo.

5. Desde la STC 47/1982 hemos venido diciendo que el rechazo preliminar de la recusación puede tener lugar «por incumplimiento de los requisitos formales [...], por no aducirse causa en que legítimamente pueda fundarse la recusación y por no establecerse los hechos que le sirvan de fundamento; no puede, en cambio, llevarse a cabo dicha inadmisión en el momento preliminar, cuando la tarea es ya interpretativa respecto del encaje o de la falta de encaje de los hechos y de la pretensión sobre ella formulada en las normas, porque ello exige la sustanciación del incidente» (fundamento jurídico 3.º). Y, por lo que concierne a la invocación de una causa en la que «legítimamente» quepa fundar la recusación —en cuyo caso no cabría el rechazo de plano del incidente recusatorio—, hemos precisado que «dicha causa no ha de resultar descartable, *prima facie*» (SSTC 64/1997 y 6/1998), sin perjuicio de que su concreta virtualidad no pueda ser juzgada en esta sede constitucional (SSTC 230/1992, 282/1993, 234/1994 y 64/1997). En consecuencia, la inadmisión liminar de la recusación puede sustentarse tanto en la falta de designación de una causa legal de abstención como en su invocación arbitraria, esto es, manifiestamente infundada (SSTC 234/1994 y 64/1997), ya que este último comportamiento también constituye una evidente infracción del deber de actuar con probidad en el proceso (art. 11.2 L.O.P.J.), sin formular incidentes dilatorios, que resulta de la genérica obligación de colaborar en la recta administración de justicia (art. 118 C.E.) (por todas, STC 234/1994).

6. El Auto de 6 de octubre de 1997, dictado por la Sala regulada en el art. 61 L.O.P.J., funda el rechazo preliminar de la recusación, en primer lugar, en su formulación extemporánea y, en segundo lugar, en que «ni uno solo de los hechos en que los recusantes dicen fundar su pretensión coincide ni guarda la menor analogía con la causa de abstención invocada» (recordemos que la recusación se basaba, en sustancia, en el hecho de que una hija del Magistrado recusado trabajaba como auxiliar administrativa en el Ministerio del Interior). De ahí, concluye la Sala, que «esta absoluta falta de cobertura legal de que padece la pretensión, deducida en el mismo día en que deben comenzar las sesiones del juicio

oral, implica, sin lugar a dudas, un manifiesto abuso de derecho y un notorio fraude procesal [...] por lo que la respuesta de esta Sala no puede ser sino la que previene el art. 11.2 L.O.P.J. para tales peticiones, es decir, el rechazo *a limine* con objeto de impedir que el desleal comportamiento de una parte procesal pueda obstaculizar el normal funcionamiento de los Tribunales».

Como se sigue del razonamiento expuesto, la Sala Especial del Tribunal Supremo ha apreciado, de modo razonado y en términos que no pueden tacharse de irrazonables, tanto la concurrencia de una causa formal de inadmisión del incidente (extemporaneidad), como la total falta de fundamento, *prima facie*, del motivo de recusación alegado. Con ello queda acreditado, dentro de los estrechos límites de nuestro enjuiciamiento, que en este caso no cabe acoger la tacha de inconstitucionalidad denunciada en relación con el rechazo *a limine* de la recusación. Como ya apuntábamos en el ATC 414/1997 de la Sección Tercera de este Tribunal Constitucional, al resolver esta misma cuestión planteada en el recurso de amparo núm. 4.332/97, interpuesto por los actuales recurrentes, la imposibilidad manifiesta de que la recusación hubiera podido prosperar dado su arbitrario fundamento descarta todo efecto de indefensión material concurrente con la infracción procesal alegada.

Si el rechazo de plano de la pretensión recusatoria es constitucionalmente aceptable, por razones de orden formal y material, ninguna «incidencia material concreta» cabe atribuir entonces tanto al hecho de que los recusantes se hayan visto privados de la fase de instrucción del incidente, como a la circunstancia de que esa inadmisión haya sido acordada por el órgano que, según los propios demandantes, era el competente para resolver sobre el fondo, esto es, con plenitud de jurisdicción y de garantías. Por esto mismo, carece también de trascendencia constitucional la alegación de que, por proceder la inadmisión del «órgano decisor», los demandantes no han podido recurrir en súplica contra dicha resolución.

7. Rechazados los reproches de inconstitucionalidad dirigidos contra el Auto dictado por la Sala prevista en el art. 61 L.O.P.J., podemos entrar ya en el enjuiciamiento de las denuncias que tienen por objeto a la Sentencia núm. 2/1997, dictada por la Sala Segunda del Tribunal Supremo. Concretamente, debemos abordar, en primer lugar, la pretendida infracción tanto de derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 C.E.) como el derecho a no padecer indefensión (art. 24.1 C.E.), que, según el denominado «motivo» segundo de la demanda de amparo, resultan de la presión ejercida sobre el Tribunal sentenciador por instancias políticas —en particular, por destacados miembros del Gobierno—, mediante declaraciones efectuadas en diversos medios de comunicación, y, en un segundo plano, por esos medios autónomamente, al informar de la decisión que supuestamente adoptarían los distintos Magistrados de la Sala al enjuiciar la causa.

Al respecto, se quejan los demandantes de la pasividad del Ministerio Fiscal y de que los componentes del Tribunal no hayan adoptado medida alguna para preservar su independencia frente a las referidas presiones —reseñadas en el antecedente 3 b) de esta Sentencia—. Recuerdan, en tal sentido, que, suscitada esta cuestión al inicio de la vista [art. 793.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (en adelante, L.E.Crim.)], solicitaron su aplazamiento hasta que se dieran las circunstancias de normalidad que les permitiesen ejercer su derecho a la defensa en condiciones de igualdad. La Sala sentenciadora denegó esta petición —Auto de 18 de octubre de 1997, cuya motivación se reproduce en el antecedente 5 de la Sentencia impugnada—, aduciendo no haberse sentido inquietada ni conturbada en su independencia

a lo largo de la tramitación del proceso, y entendiéndolo, al propio tiempo, que la trascendencia de las manifestaciones cuestionadas «no ha sobrepasado la del propio contexto político en que han sido emitidas». Los recurrentes concluyen afirmando que, debido a estas presiones, la Sala habría perdido la necesaria apariencia de imparcialidad.

8. Para resolver esta cuestión, no es necesario traer aquí la dilatada y pormenorizada jurisprudencia constitucional, en la que hemos ido precisando las distintas vertientes de la imparcialidad de los Jueces y Tribunales, después de destacar su carácter de garantía basilar de la función jurisdiccional, declarando que «sin Juez imparcial no hay, propiamente, proceso jurisdiccional» (v.gr., STC 60/1995).

Bastará con señalar que en relación con supuestos como el presente hemos afirmado que «la Constitución brinda un cierto grado de protección frente a los juicios paralelos en los medios de comunicación». Ello es así, en primer lugar, por «el riesgo de que la regular Administración de Justicia pueda sufrir una pérdida de respeto y de que la función de los Tribunales pueda verse usurpada, si se incita al público a formarse una opinión sobre el objeto de una causa pendiente de Sentencia, o si las partes sufrieran un pseudojuicio en los medios de comunicación» [ATC 195/1991; en este mismo sentido, Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, T.E.D.H.) de 26 de abril de 1979 (asunto Sunday Times, § 63) y de 29 de agosto de 1997 (asunto Worm, § 54)]. Pero, sobre todo, la protección frente a declaraciones en los medios de comunicación acerca de procesos en curso y frente a juicios paralelos se debe a que éstos no sólo pueden influir en el prestigio de los Tribunales, sino muy especialmente, y esto es aquí lo relevante, a que pueden llegar a menoscabar, según sea su tenor, finalidad y contexto, la imparcialidad o la apariencia de imparcialidad de los Jueces y Tribunales, ya que la publicación de supuestos o reales estados de opinión pública sobre el proceso y el fallo puede influir en la decisión que deben adoptar los Jueces, al tiempo que puede hacer llegar al proceso informaciones sobre los hechos que no están depuradas por las garantías que ofrecen los cauces procesales. Es más, a nadie puede ocultársele que la capacidad de presión e influencia es mucho mayor cuando las declaraciones vertidas en los medios de comunicación sobre procesos en curso corresponden a miembros destacados de los otros poderes públicos del Estado. Por ello, cuando efectivamente se dan esas circunstancias, se conculca el derecho a un proceso con todas las garantías, incluso sin necesidad de probar que la influencia ejercida ha tenido un efecto concreto en la decisión de la causa, pues, por la naturaleza de los valores implicados, basta la probabilidad fundada de que tal influencia ha tenido lugar (Sentencia del T.E.D.H., caso Worm, § 54).

Con todo, a pesar de que debe aceptarse, con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que cuando las declaraciones sobre procesos en curso intenten llevar al público a la conclusión de que los acusados son culpables, prediciendo la condena, se justifican restricciones en la libertad de expresión de quien así actúe, y ello, en particular, cuando la declaración cuestionada se emita en términos tan absolutos que sus destinatarios tengan la impresión de que la jurisdicción penal no puede sino dictar una Sentencia condenatoria (caso Worm, párrafos 51 y 52), en numerosas Sentencias hemos destacado que el postulado que subraya la extraordinaria importancia de la opinión pública libre, dado el carácter esencial de la libertad de expresión en una sociedad democrática, se aplica también en el ámbito de la Administración de Justicia, que sirve a los intereses de toda la colectividad y exige la cooperación de un público instruido. Es un parecer generalizado que los Tribunales no actúan en el vacío. Son competentes para resolver

los conflictos entre partes, para pronunciarse sobre la culpabilidad o la inocencia respecto de una acusación penal, pero esto no significa que, con anterioridad o al mismo tiempo, los asuntos de que conoce la jurisdicción penal no puedan dar lugar a debates, bien sea en revistas especializadas, en la prensa o entre el público en general. A condición de no franquear los límites que marca la recta administración y dación de justicia, las informaciones sobre procesos judiciales, incluidos los comentarios al respecto, contribuyen a darles conocimiento y son perfectamente compatibles con las exigencias de publicidad procesal (art. 24.2 C.E. y art. 6.1 C.E.D.H.). A esta función de los medios se añade el derecho, para el público, de recibirlas, y muy especialmente cuando el proceso concierne a personas públicas [por todas, STC 46/1998 y Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 26 de abril de 1979 (caso Sunday Times, § 65), de 24 de febrero de 1997 (caso De Haes y Gijssels, § 37) y de 29 de agosto de 1997 (caso Worm, § 50)].

Congruente con este planteamiento es nuestro criterio, ya sentado en el ATC 195/1991, que la protección que la Constitución dispensa frente a los juicios paralelos «se encuentra contrapesada [...], externamente, por las libertades de expresión e información que reconoce el art. 20 C.E. [...]; internamente [...], encuentra límites dentro del propio art. 24 C.E., porque la publicidad no sólo es un principio fundamental de ordenación del proceso, sino igualmente un derecho fundamental (inciso 5.º del art. 24.2 C.E.)». De ahí que, si bien la salvaguarda de la autoridad e imparcialidad del poder judicial puede exigir la imposición de restricciones en la libertad de expresión (art. 10.2 C.E.D.H.), ello no significa, ni mucho menos, que permita limitar todas las formas de debate público sobre asuntos pendientes ante los Tribunales (Sentencia del T.E.D.H., caso Worm, § 50).

En cualquier caso es importante tener presente que, para pronunciarse en un caso concreto sobre la existencia de una razón que permita sospechar un defecto de imparcialidad, el punto de vista del litigante que denuncia ese defecto debe ser tenido en cuenta, pero no desempeña un papel decisivo: Lo determinante consiste en saber si los temores del interesado pueden ser considerados como objetivamente justificados [Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 1 de octubre de 1982 (asunto Piersack, § 30), de 26 de octubre de 1984 (asunto De Cubber, párrafos 24 y 26), de 24 de mayo de 1989 (asunto Hauschildt, párrafos 46 y 48), de 16 de diciembre de 1992 (asunto Sainte-Marie, § 32), de 24 de febrero de 1993 (asunto Fey, párrafos 28 y 30), de 26 de febrero de 1993 (asunto Padovani, § 27), de 22 de abril de 1994 (asunto Saraiva de Carvalho, párrafos 33 y 35), de 22 de febrero de 1996 (asunto Bulut, § 31), de 23 de abril de 1996 (asunto Remli, § 46), de 10 de junio de 1996 (asuntos Pullar y Thomann, § 37 y § 30, respectivamente), de 25 de febrero de 1997 (asuntos Findlay y Gregory, párrafos 73 y 76 y párrafos 43 y 45, respectivamente) y de 20 de mayo de 1998 (asunto Gautrin y otros, § 58)].

9. A la luz de las precedentes consideraciones, debemos examinar el alcance de las presiones que se dicen ejercidas sobre la Sala sentenciadora, al objeto de verificar si han tenido lugar las vulneraciones pretendidas del derecho a un Juez imparcial y de la prohibición de indefensión.

En primer lugar, debe quedar constancia de que, en este caso, no puede cuestionarse razonablemente ni, de hecho, se ha cuestionado el desinterés objetivo del Tribunal sentenciador: Ningún indicio fundado avala la existencia de una relación previa con las partes o con sus intereses.

Es cierto que efectuar declaraciones en el curso de un proceso acerca del sentido que debiera tener el fallo

y aventurar el sentido del voto de los Magistrados que forman parte de un órgano judicial no contribuye positivamente a la incolumidad del ejercicio de la función de juzgar constitucionalmente encomendada a los Jueces y Tribunales. Sin embargo, debe decirse, en segundo lugar, que en el presente caso, dado el tenor de las declaraciones realizadas por las autoridades citadas en el antecedente 3, en las que, a lo sumo, las más incisivas, manifiestan una opinión o un deseo de cuál debiera ser el sentido del fallo, y teniendo en cuenta la inocuidad de las predicciones acerca del sentido de los votos de los Magistrados, este Tribunal no aprecia que se haya producido un «juicio paralelo» capaz de menoscabar la imparcialidad o la apariencia de imparcialidad de la Sala sentenciadora, compuesta por Magistrados independientes por razón de su Estatuto, ni tan siquiera capaz de propiciar un clamor popular a favor de la condena o de la absolución de los encausados, poniendo en entredicho la necesaria serenidad del Tribunal o la confianza de la ciudadanía en el comportamiento neutral de los juzgadores.

Así, pues, las alegaciones de la demanda ahora analizadas no permiten cuestionar ni la imparcialidad subjetiva ni la objetiva de la Sala, que deben ser presumidas mientras no medie prueba en contrario [por todas, Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 23 de junio de 1981 (caso *Le Compte, Van Leuven y De Meyere*, § 58), de 10 de febrero de 1983 (caso *Albert y Le Compte*, § 32), de 22 de septiembre de 1994 (caso *Debled*, § 37), de 23 de abril de 1996 (caso *Bulut*, § 32) y de 10 de junio de 1996 (caso *Thomann*, § 31)]. En palabras muy ilustrativas de la Sentencia del T.E.D.H. de 10 de junio de 1996, dictada en el caso *Pullar* (§ 32): «El principio según el cual se debe presumir que un Tribunal está exento de prejuicio o de parcialidad refleja un elemento importante de la preeminencia del Derecho, a saber: Que el veredicto de un Tribunal es definitivo y con fuerza obligatoria, a no ser que sea revocado por una jurisdicción superior por vicios de procedimiento o de fondo. Este principio debe aplicarse de la misma forma a todas las clases de Tribunales. Incluso si en determinados casos [...] puede resultar difícil aportar pruebas que permitan desvirtuar la presunción, pues el requisito de la imparcialidad objetiva supone, conviene recordarlo, una importante garantía adicional». En este sentido, hay una total falta de prueba sobre un eventual prejuicio por parte de los juzgadores, pues las manifestaciones criticadas en la demanda no permiten deducir nada al respecto, máxime cuando, de un lado, el Tribunal ha dejado clara su serenidad de ánimo para juzgar (Auto de 18 de octubre de 1997) y, de otro, coherentemente con esa afirmación, los integrantes de la Sala en ningún momento han actuado de forma que permita pensar que se han inclinado por alguna de las partes.

10. Finalmente, en relación con las alegaciones de naturaleza estrictamente procesal, se dice vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 C.E.), en su vertiente de reconocimiento del derecho a la doble instancia en materia penal, como consecuencia de que la Sentencia condenatoria ha sido dictada en primera y única instancia por la Sala Segunda del Tribunal Supremo. Esta circunstancia ha impedido la incoación de recurso alguno en el seno de la jurisdicción ordinaria contra la resolución condenatoria, lo que contraviene, según los actores, el art. 24.1 C.E. en relación con el art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Politicos, que proclama que «toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un Tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley». Añaden los recurrentes que la Sentencia impugnada ha sido emitida por la Sala Segunda del Tribunal Supremo, en virtud de un peculiar aforamiento: Algunos de los encausados eran miembros de dos Parlamentos auto-

nómicos distintos. La competencia del Tribunal Supremo se basa en este solo hecho, pues ninguno de los demandantes de amparo constitucional, por sí mismos, se encontraba sometido a la jurisdicción de ese Alto Tribunal.

11. La cuestión planteada acerca del derecho a la doble instancia en los procesos penales ya ha sido resuelta por este Tribunal en sentido contrario al ahora pretendido, en numerosas y recientes Sentencias, Autos y providencias (por todas, SSTC 51/1985, 30/1986, 33/1989, 55/1990, 166/1993, 22/1997 y 41/1998, y ATC 1.309/1988). Por ello, dado que el supuesto enjuiciado guarda una sustancial similitud con los anteriormente resueltos, procede reiterar aquí la doctrina ya establecida en las resoluciones anteriormente citadas.

En ellas se afirma que la garantía que implica la instrucción y el enjuiciamiento de la causa por el Tribunal más alto en el orden penal (art. 123.1 C.E.) integra en parte —acceso a una instancia judicial superior a la que de ordinario enjuicia inicialmente este tipo de conflictos— y sustituye en lo demás —posibilidad de una segunda decisión— la garantía que ahora aducen los recurrentes, que presupone, precisamente, que la primera instancia no sea la instancia suprema en el orden jurisdiccional penal. Como señalamos en la STC 51/1985, «esas particulares garantías [...] disculpan la falta de un segundo grado jurisdiccional, por ellas mismas y porque el órgano encargado de conocer [...] es el superior en la vía judicial ordinaria». En este mismo sentido, la STC 166/1993 afirma que «el privilegio del fuero, que es un plus, equilibra así la inexistencia de una doble instancia, que si bien es una de las garantías del proceso a las cuales alude genéricamente el art. 24.2 C.E., ha de ser matizada en los casos en que el enjuiciamiento se confía directamente al supremo Juez en todos los órdenes jurisdiccionales, salvo el constitucional (art. 123 C.E.), a quien habría de revertir en definitiva la competencia funcional en un segundo grado o escalón procesal». Conclusión que hoy se encuentra reforzada por la circunstancia, que conviene tener presente como criterio interpretativo, de que el art. 2 del Protocolo Adicional núm. 7 al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos de 22 de noviembre de 1984 (firmado por España el 19 de marzo de 1985 y pendiente de ratificación), dispone que el principio general de la doble instancia penal «podrá ser objeto de excepciones [...], cuando el interesado ha sido juzgado en primera instancia por la jurisdicción más alta» (STC 41/1998; igualmente, ATC 1.309/1988). A lo que cabe añadir que esta sustitución parcial de una garantía procesal por otra, inocua para la integridad del correspondiente derecho fundamental, se funda en sólidas razones de preservación de «la independencia y el prestigio de las instituciones» (STC 22/1997), y que, si dicha garantía se extiende a personas no aforadas, ello se debe al razonable criterio de no escindir, por razón de las personas, el enjuiciamiento de unos mismos hechos.

12. En un segundo grupo de alegaciones, los recurrentes denuncian que han sido condenados por «el Acuerdo e intento» de difundir durante la campaña electoral una información veraz sobre un hecho de indudable interés general, como es la propuesta de la organización ETA para «lograr el final de la violencia» en el País Vasco. Afirman que, en su condición de dirigentes políticos, se han limitado a transmitir a los ciudadanos la llamada Alternativa Democrática propuesta por ETA, contribuyendo así a la formación de una opinión pública libre, que es base de todo sistema democrático. Sostienen que, en ejercicio lícito de su derecho a comunicar información veraz [art. 20.1 d) C.E.], no han hecho más que informar «sobre lo que otros dicen», mediante lo que doctrinal-

cintas y, muy particularmente, el significado atribuido a la presencia en ellos de las armas, es irrazonable, arbitraria e incurso en error patente y, por ello mismo, vulneradora del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 C.E.). La libertad de expresión habría sido conculcada también al sancionar penalmente su ejercicio en aplicación de una condena que no resulta prevista en la ley con la necesaria certeza y previsibilidad, que no constituye una medida necesaria en una sociedad democrática y que, además, resulta desproporcionada en relación con los fines perseguidos por dicha medida, dada la subsidiariedad que siempre debe tener el recurso a las sanciones penales. Finalmente, junto a la libertad de información, también aducen la vulneración de la libertad de expresión [art. 20.1 a) C.E.], de la libertad ideológica (art. 16 C.E.) y del derecho de participación en los asuntos públicos (art. 23.1 C.E.).

La Sentencia objeto del presente proceso constitucional considera que la videocinta de veinte minutos destinada a ser difundida en actos públicos y el *spot* electoral de dos minutos destinado a las televisiones públicas desbordan «los límites» de la libertad de expresión por su contenido «conminatorio», «amenazante» y «amenazador de violencia» (fundamento de Derecho 23). La Sentencia recurrida precisa que esos calificativos no son atribuibles a la parte «textual (de los mensajes), que, por sí misma no merecería reproche a pesar de su radical contenido político», sino a la «visual, que, ante la presencia de las armas y del mensaje que la imagen de las mismas reporta, difunde a todo el contexto un contenido amenazador». Nada se dice de la cinta magnetofónica en los fundamentos de Derecho dedicados a la libertad de expresión. Por último, en relación con el pretendido carácter de reportaje neutral de las comunicaciones, la Sentencia se limita a declarar que «tampoco es aplicable al caso porque (esa doctrina) se refiere a profesionales de la información que reportan —no asumen— la información y por ello no son responsables de la misma si la que facilitan encaja dentro de los requisitos constitucionalmente exigidos» (fundamento de Derecho 21).

El Ministerio Fiscal, en su escrito de alegaciones ante el Tribunal Constitucional, comparte el fallo de la Sala sentenciadora y solicita la desestimación de las pretensiones deducidas por los recurrentes. Entiende que, de haberse ejercido alguno de los derechos o libertades públicos consagrados en la Constitución, éstos serían, actuando de consuno, las libertades ideológica y de expresión y el derecho de participación en los asuntos públicos, pero no la libertad de información, ya que «los recurrentes no se (han) limitado a transmitir unos concretos hechos, sin entrar a valorarlos ni expresar su opinión sobre los mismos». Respecto de la libertad de expresión, el Ministerio Fiscal afirma tan sólo que no le es de aplicación lo declarado en la STC 159/1986, en la que se otorgó el amparo al director del diario «Egin», que había publicado un comunicado de ETA que contenía una indiscutida apología del terrorismo, ya que en aquel caso «la información controvertida consiste en la mera reproducción de los comunicados, no acompañada de juicios de valor que demuestren que el periodista asume el contenido de los mismos». Añade, refiriéndose a la libertad ideológica que ésta tiene como límite la violencia, que la intimidación es una forma de violencia y que en el mensaje audiovisual sancionado subyace la intimidación. Por fin, en respuesta al alegato de que se estaba ejerciendo el derecho de participación en los asuntos públicos, sostiene que «con ello se olvida que nos encontramos ante una conducta típica, castigada como delito por el Código Penal, por exceder del mínimo ético que el legislador ha querido establecer en uso de sus legítimas facultades».

13. Como hemos afirmado en otras ocasiones, cuando en un recurso de amparo se alega la vulneración de las libertades de expresión, de información o de ideología y participación en la actividad pública, la tarea constitucionalmente encomendada al Tribunal Constitucional no tiene por objeto el enjuiciamiento de la ponderación o de las valoraciones efectuadas por las resoluciones judiciales sometidas a nuestro control, sino el examen directo e inmediato de los hechos enjuiciados por dichas resoluciones (por todas, STC 200/1998, fundamento jurídico 4.º, y las SSTC allí citadas).

En segundo lugar, conviene precisar de entrada que, en el presente caso, la alegación relativa a la conculcación de la libertad ideológica carece de argumentación autónoma, diferenciada de la referida a las libertades de expresión e información. En efecto, los recurrentes se limitan a sostener que la conducta reprimida penalmente era manifestación de la libertad ideológica, traducida en un acto de ejercicio de sus libertades de expresión e información. Por ello, aunque este Tribunal ha reiterado en múltiples ocasiones que la libertad ideológica tiene un contenido propio, distinto al de las libertades que con ella colindan y de las que constituye soporte y fundamento (por todas, SSTC 20/1990, 120/1990 y 137/1990), es lo cierto que en el supuesto aquí examinado los demandantes de amparo no aportan elementos suficientes para poder llevar a cabo el enjuiciamiento autónomo que parece pedírseles.

En cuanto a las restantes quejas, no podemos partir como premisa de nuestro razonamiento de la tesis del Ministerio Fiscal, conforme a la cual en este caso no resulta concernida la libertad de comunicación veraz, ya que, si bien es cierto que en los mensajes enjuiciados se contienen opiniones e ideas de los recurrentes, también lo es que en ellos se difunde al mismo tiempo información relativa a hechos y opiniones de un sujeto distinto de los informantes, con lo que también la libertad de comunicación puede, en principio, resultar implicada, incluso en el supuesto de que no estemos en presencia de una comunicación que pueda calificarse de neutral.

En cambio, sí debe compartirse la idea de que en el presente caso los derechos y libertades de expresión, de información y de participación en los asuntos públicos forman un todo interrelacionado, en el que los tres elementos se condicionan mutuamente en su contenido y alcance. Más concretamente, las libertades de expresión e información actúan, por así decir, como instrumentos que hacen posible la participación en los asuntos públicos y el acceso a los cargos públicos, al mismo tiempo que ese contexto de participación política en el que se ejercen delimita o cualifica el contenido y alcance de dichas libertades, como veremos de inmediato.

14. Los derechos de participación en los asuntos públicos (art. 23.1 C.E.) y de acceso a los cargos públicos (art. 23.2 C.E.), que en la parte de su contenido que afecta a las dos vertientes del principio de representación política forman un «todo inescindible» (entre otras, SSTC 5/1983, fundamento jurídico 4.º, y 24/1990, fundamento jurídico 2.º), poseen, no sólo un contenido prestacional y una función de garantía de institutos políticos, como el de la opinión pública libre, sino también un contenido de derecho de libertad, que se concreta, en lo que aquí interesa, en la posibilidad constitucionalmente protegida de ofrecer a los ciudadanos, sin interferencias o intromisiones de los poderes públicos, los análisis de la realidad social, económica o política y las propuestas para trasformarla que consideren oportunas.

Los bienes jurídicos que este particular aspecto de los derechos del art. 23 C.E. pretende garantizar o, mejor, los valores y principios constitucionales que pretende hacer efectivos son, entre otros, la legitimidad demo-

crática del sistema político, el pluralismo político y la formación de la opinión pública libre. Con estos derechos se trata de asegurar a las personas que participan como actores en la actividad pública, y a los partidos y grupos en los que aquéllas se integran la posibilidad de contribuir a la formación y expresión de la opinión pública libre, poniendo a disposición de los ciudadanos en general y de los electores en particular una pluralidad de opciones políticas para que puedan formar sus propias opiniones políticas y, en el momento electoral, para que puedan elegir libremente los programas que estimen más adecuados. Precisamente por ello, por ser éstos los bienes jurídicos tutelados por esta vertiente de los derechos de participación, puede afirmarse que queda fuera del ámbito constitucionalmente protegido por estos derechos la difusión de programas o mensajes que por su contenido, debidamente contextualizado, resulten amenazantes o intimidatorios, especialmente cuando esos efectos se producen durante los procesos electorales como consecuencia de la difusión de mensajes que pretenden decantar el sentido del voto hacia las opciones mantenidas por quienes los transmiten por temor a sufrir daños o perjuicios. En estos supuestos, que luego precisaremos en la medida en que ello es posible, el ejercicio de los derechos de participación política, lejos de contribuir a la formación y expresión de una opinión pública libre, se convierte en un elemento de distorsión de esa opinión y de esa participación, con lo que no puede gozar de la protección atribuida a los referidos derechos fundamentales.

15. Lo mismo puede decirse respecto de las libertades de expresión y de comunicación, cuyo contenido este Tribunal ha contribuido a perfilar en múltiples resoluciones: La primera, como el derecho fundamental del que gozan por igual todos los ciudadanos de poder expresar sus propios juicios de valor sin sufrir intromisiones por parte de los poderes públicos que no estén apoyadas en la ley, e incluso frente a la propia ley si ésta intenta fijar límites distintos a los que la Constitución admite (por todas, STC 12/1982, fundamento jurídico 3.º); la segunda, como la libertad de comunicar, también sin injerencias, informaciones de interés público y veraces, en el sentido de diligentemente contrastadas, sobre hechos o sobre opiniones ajenas presentadas como tales. No cabe duda de que cuando estas libertades operan como instrumento de los derechos de participación política debe reconocérseles si cabe una mayor amplitud que cuando actúan en otros contextos, ya que el bien jurídico fundamental por ellas tutelado, que es también aquí el de la formación de la opinión pública libre, adquiere un relieve muy particular en esta circunstancia, haciéndoles «especialmente resistente(s), inmune(s) a las restricciones, que es claro que en otro contexto habrían de operar» (STC 157/1996, fundamento jurídico 5.º, aunque se refiere a un ámbito distinto del electoral).

Sin embargo, también en este caso y por el mismo motivo que el señalado respecto de los derechos del art. 23 C.E., no cabe considerar ejercicio legítimo de las libertades de expresión e información a los mensajes que incorporen amenazas o intimidaciones a los ciudadanos o a los electores, ya que como es evidente con ellos ni se respeta la libertad de los demás, ni se contribuye a la formación de una opinión pública que merezca el calificativo de libre. Como advierte la STC 171/1990 en su fundamento jurídico 6.º, el valor especial que la Constitución otorga a las libertades de expresión e información «no puede configurarse como absoluto, puesto que, si viene reconocido como garantía de la opinión pública, solamente puede legitimar las intromisiones en otros derechos fundamentales que guarden congruencia con esa finalidad, es decir, que resulten relevantes para la formación de la opinión pública sobre asuntos de interés general, careciendo de tal efecto legitimador, cuando las libertades de expresión e informa-

ción se ejerciten de manera desmesurada y exorbitante del fin en atención al cual la Constitución le concede su protección preferente».

En suma, cabe concluir que, cuando esas libertades aparecen «conectada(s) a los procesos de formación y exteriorización de un poder político democrático (art. 23 C.E.)», deberá garantizarse la máxima libertad —y los mayores medios— para que los individuos y los grupos hagan llegar a los electores cualquier tipo de opiniones o informaciones «para que el ciudadano pueda formar libremente sus opiniones y participar de modo responsable en los asuntos públicos» (STC 157/1996, fundamentos jurídicos 5.º y 6.º), pero, por el mismo motivo, en este contexto deberá existir una especial cautela respecto de todo aquello que pueda limitar la libertad de opción de los ciudadanos y, muy especialmente, durante los procesos electorales.

16. Ciertamente, sería no sólo improcedente sino también vano intentar definir aquí, de forma abstracta y apriorística, qué mensajes o qué comunicaciones tienen carácter amenazante o intimidatorio, en el sentido de ser capaces de torcer la voluntad política e incluso el sentido del voto, y cuáles no. Esta es una cuestión que deberá perfilarse caso a caso, atendiendo a diversas circunstancias —como la credibilidad y la gravedad de las amenazas— y admitiendo de entrada la dificultad de medir la capacidad real de influencia de un mensaje sobre la voluntad de sus destinatarios y la consiguiente dificultad de trazar la forzosamente lábil línea divisoria entre los mensajes amenazantes y los que no lo son.

Esta primera constatación debe llevar a extremar las cautelas para evitar que al amparo de esta circunstancia los poderes públicos intenten acotar los mensajes que pueden presentarse a los ciudadanos, especialmente durante los procesos electorales, ya que es a éstos a quienes corresponde el poder jurídico de decidir cuáles son los mensajes que quieren recibir y qué valor quieren dar a cada uno de ellos, sin tutelas de ningún género. En rigor, en el ámbito de los procesos electorales, sólo en casos muy extremos cabrá admitir la posibilidad de que un mensaje tenga capacidad suficiente para forzar o desviar la voluntad de los electores, dado el carácter íntimo de la decisión del voto y los medios legales existentes para garantizar la libertad del sufragio. En las campañas electorales es frecuente que los partidos y coaliciones pronostiquen todo tipo de peligros y calamidades que necesariamente habrán de seguirse del triunfo de las opciones contrarias, sin que ello pueda considerarse intimidatorio o amenazante.

Con todo, aun teniendo muy presentes estas cautelas, no puede negarse la posibilidad de que existan mensajes que, aun sin hallarse incursos en alguno de los tipos penales de amenazas o coacciones, puedan considerarse intimidatorios, porque anuden, explícita o implícitamente, pero de modo creíble, la producción de algún mal grave o la realización o no realización de determinada conducta por parte del destinatario. Este tipo de mensajes no queda amparado por las libertades de expresión o de información.

Esto, no obstante, debe admitirse que no toda difusión de un mensaje intimidatorio queda excluida del ámbito de las libertades de expresión e información. Así, por ejemplo, como advierten los recurrentes, en ese ámbito podrá incluirse la comunicación de esos mensajes por parte de terceros mediante lo que doctrinalmente se ha calificado como reportaje neutral. Así, en la ya citada STC 159/1986, se otorgó el amparo al director del diario «Egin», que había publicado unos comunicados apologeticos del terrorismo, con el argumento de que el referido periódico se había limitado a «la mera reproducción de los comunicados (de ETA-militar), no acompañada de juicios de valor que demuestren que el periodista asume el contenido apologetico de los mismos» (carácter

apologético que, por otra parte, nadie discutió en el proceso). En esta Sentencia se declara que «no cabe duda que la erradicación de la violencia terrorista encierra un interés político y social de la máxima importancia, pero ello no autoriza, sin embargo, a alterar la esencia de un Estado democrático, el cual, para su existencia y desarrollo, presupone el sometimiento de las cuestiones relevantes para la vida colectiva a la crítica o aprobación de una opinión pública libremente constituida. En este sentido, cabe afirmar que la lucha antiterrorista y la libertad de información no responden a intereses contrapuestos, sino complementarios, orientados al aseguramiento del Estado democrático de Derecho» (fundamento jurídico 7.º).

Así, pues, antes de examinar si los mensajes que los recurrentes pretendían difundir tenían un contenido intimidatorio o coactivo, convendrá dilucidar si es cierto que en esos mensajes los demandantes de amparo se limitaban a reproducir, a modo de reportaje neutral, «lo que otros decían». De ser así, esas actividades hubieran podido encuadrarse con mayor holgura en el ámbito de la libertad de comunicación de información veraz y, con ello, resultaría innecesaria la indagación acerca del contenido coercitivo de los mensajes que se pretendían emitir.

17. En varias resoluciones, este Tribunal ha recurrido a la noción de reportaje neutral, no sólo para justificar especificidades en el requisito de diligencia del informador en la comprobación de la veracidad de lo comunicado (por todas, SSTC 178/1993, fundamento jurídico 5.º; 232/1993, fundamento jurídico 3.º; 36/1993, fundamento jurídico 7.º; 41/1994, fundamento jurídico 5.º, y 144/1998, fundamento jurídico 4.º), sino también, y esto es aquí lo relevante, como criterio que permite excepcionar la regla de que cualquier nueva divulgación de una información vulneradora de derechos constituye un nuevo quebrantamiento constitucional. Al reportaje neutral no pueden extenderse las responsabilidades derivadas de la información objeto del mismo, ya que resulta tutelado por la libertad de comunicación de información veraz (STC 232/1993, fundamento jurídico 3.º).

En esas resoluciones el Tribunal ha ido estableciendo sus propias pautas, para determinar cuándo un reportaje cumple las exigencias de «neutralidad»: Desde la fiabilidad de la fuente de la que se extrae la noticia difundida hasta, por ejemplo, la no manipulación de la misma. A los limitados efectos que aquí interesan, de entre esos requisitos cabe destacar la afirmación reiterada de que es reportaje neutral aquel que «simplemente da traslado» de la noticia procedente de otra fuente de información, en tanto que no tiene ese carácter cuando se trata de información que ha sido «asumida por el medio y su autor como propia», en el sentido de que «presenta los caracteres de información propia elaborada por el medio [...] aunque tuviera su origen en la noticia difundida» por otra fuente (STC 144/1998, fundamento jurídico 4.º); es neutral cuando se limita «a transmitir lo que publicaba otro importante medio de difusión, identificando el mismo y sin realizar aportación relevante a la noticia por la vía de la forma o del contenido» (STC 190/1996, fundamento jurídico 4.º), o cuando lleva a cabo «la función de mero transmisor del mensaje», no cuando es el periodista «el que la redacta y [...] asume una determinada versión de los hechos» (STC 52/1996, fundamentos jurídicos 3.º y 5.º). En cambio, un medio puede «quebrantar su neutralidad» cuando hace suyo el reportaje «desmesurando el tratamiento de [...] las declaraciones», ya que «un reportaje de contenido neutral puede dejar de serlo si se le otorga unas dimensiones informativas a través de las cuales el medio contradice de hecho la función de mero transmisor del mensaje» (STC 41/1994, fundamento jurídico 4.º).

Así, pues, no cabrá hablar de reportaje neutral cuando quien lo difunde no se limita a ser «un mero transmisor

del mensaje», es decir, a comunicar la información, las opiniones ajenas o los hechos relacionados con el mismo, sino que utiliza el mensaje, no para transmitir una noticia, sino para darle otra dimensión; por ejemplo, si se trata de un comunicado de contenido político, para pedir el voto en favor de quien informa o incluso, aunque en menor medida, para buscar la adhesión de quienes reciben la comunicación a las opiniones de los emisores del mensaje. En estos supuestos, la «finalidad informativa», constitucionalmente protegida (STC 138/1996, fundamento jurídico 31) queda en un segundo plano. La forma y el contexto en el que se transmite el mensaje puede «quebrantar la neutralidad» de quien lo transmite.

Precisando la anterior razón de decidir respecto de supuestos como el aquí enjuiciado, puede afirmarse, todavía en una primera aproximación general, que, como queda dicho, cabe calificar de reportaje neutral, protegido por el art. 20 C.E., la simple transmisión o reproducción de comunicados de una organización terrorista en los que ésta exponga sus objetivos y sus condiciones para declarar el fin de la actividad armada, incluso mediante la reproducción de la palabra y las imágenes de alguno de sus miembros con la parafernalia propia de la organización. Estos son hechos y opiniones que tienen un indudable interés público y, de otro lado, si los hechos y opiniones efectivamente se han producido, su difusión cumple con el requisito de la veracidad. Sin embargo, el mensaje deja de ser neutral cuando quien lo transmite lo utiliza para pedir el voto o el apoyo político de los ciudadanos a ese mensaje. Los mensajes electorales no pretenden informar, sino captar sufragios y, en consecuencia, no sólo pretenden que los ciudadanos formen su opinión en libertad, sino que acepten el mensaje que difunde y traduzcan ese beneplácito en la dación del voto. En estos casos, puede afirmarse que el transmisor hace suyo el contenido del mensaje y, en consecuencia, no cabe hablar de «neutralidad» en su difusión.

18. Para poder determinar si los mensajes aquí enjuiciados eran reportajes neutrales, debemos analizarlos por separado, ya que tenían contenidos y destinos diversos y presentaban características diferenciadas desde la perspectiva aquí examinada. En efecto:

a) La cinta magnetofónica, que se remitió a Radio Nacional de España para su emisión en los espacios gratuitos de la campaña electoral del 19 de febrero, en modo alguno puede ser considerada reportaje neutral, puesto que en ella es H.B. la que en nombre propio expone los objetivos políticos que, a su entender, debe alcanzar el País Vasco, así como los medios para conseguirlo —derecho a la autodeterminación, a la territorialidad, etc.— y quien pide el voto de los electores para esa asociación política. En principio, pues, el derecho aquí implicado era la libertad de expresión de ideas y opiniones de H.B.

Con todo, es lo cierto que la cinta concluye informando escuetamente que «ETA manifiesta que cesará en su actividad armada cuando se consigan y garanticen los citados contenidos mediante un acuerdo político». Puede afirmarse, pues, que en rigor en el *spot* coinciden dos mensajes: La información acerca de ETA y el mensaje de H.B. en el que dicha información se integra. Sin embargo, este dato no convierte el comunicado de H.B. en un reportaje neutral, puesto que, al margen de otras consideraciones, dicha asociación política, al incorporar a su mensaje la noticia relativa a ETA, no se limita a transmitir opiniones o informaciones ajenas, sino que utiliza esas informaciones como un elemento más de su propio mensaje, para solicitar el voto, y ya hemos avanzado que en estos casos no cabe hablar de neutralidad informativa.

b) El *spot* de dos minutos de duración, destinado a ocupar los espacios electorales de la asociación polí-

tica, tampoco puede ser calificado como reportaje neutral. Es cierto que, en este caso, hay en el comunicado unas manifestaciones iniciales de H.B., en las que se afirma que cede la palabra a los que realmente ofrecen una alternativa para la paz y para la democracia y que el resto del mensaje lo protagonizan tres encapuchados sentados detrás de una mesa en la que aparecen en primer plano tres pistolas y a sus espaldas el anagrama de ETA, pero no es menos cierto que hay en el mensaje un cartel que dice «Vota Herri Batasuna» y, en este contexto, a pesar de que también hay dos mensajes, la cesión de la palabra a ETA tampoco convierte el comunicado de H.B. en reportaje neutral, y ello no tanto, aunque también, por el hecho de que esas palabras introductorias demuestran que H.B. no se «distancia» del contenido de los mensajes de ETA —dato éste ratificado por otros hechos declarados probados, en los que se pone de manifiesto que H.B., al difundir los mensajes de ETA no sólo pide el voto para la asociación política, sino que al mismo tiempo pretende llevar a cabo una actividad de propaganda de los contenidos de esos mensajes, buscando la adhesión a los mismos de los ciudadanos—, sino, sobre todo, no es neutral porque, como hemos reiterado, en modo alguno puede aceptarse que los dirigentes de una asociación política en campaña electoral estén en una posición de neutralidad respecto del mensaje utilizado cuando transmiten lo que otros dicen en un espacio electoral y ese mensaje sirve para pedir el voto para dicha asociación [sobre la necesidad de «distanciarse», señaladamente, Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 22 de agosto de 1994 (caso Jersild, § 31) y de 25 de junio de 1992 (caso Thorgeirson parágrafos 65-67)]. Las informaciones, los mensajes o las declaraciones, incluso ajenas, incorporadas a *spots* televisivos para pedir con ellos el sufragio de los electores, debe entenderse que forman parte del mensaje electoral, haciendo artificioso, desde este concreto punto de vista, todo intento de distinguir lo dicho por la organización que se presenta a las elecciones y lo dicho por terceros, pero incorporado a su mensaje electoral.

c) Mayores problemas plantea la aplicación de la anterior razón de decidir a la videocinta de veinte minutos de duración, destinada a ser difundida en actos públicos. En primer lugar, su contenido no puede atribuirse a H.B., ya que en él aparecen tan sólo tres encapuchados, primero andando por el campo y luego sentados detrás de una mesa, teniendo como fondo la ikurriña y el símbolo de ETA, que informan sobre la llamada Alternativa Democrática. No hay en la videocinta manifestación alguna formulada por H.B. y en ella no se pide el voto a favor de dicha asociación política.

La videocinta en sí misma considerada, es decir, en cuanto a su contenido, transmite información veraz sobre unos hechos de indudable trascendencia pública: Los objetivos políticos de ETA y su decisión de dejar las armas si se dan una serie de condiciones. Sin embargo, para determinar si su difusión por parte de H.B. podía ser considerada reportaje neutral, debemos examinar el contexto en el que pretendía emitirse el mensaje y, más concretamente, si H.B. pretendía mantener una posición de «mero transmisor del mensaje» o si ese contexto pone de manifiesto el «quebrantamiento de neutralidad» exigible al reportero que se reclame neutral.

La respuesta a esta cuestión resulta complicada, por el hecho de que la referida videocinta no tenía destinatario concreto, como sucedía con el *spot* o la cinta magnetofónica que se enviaron a las televisiones y radios públicas y, dado que tampoco en este caso se llegó efectivamente a difundir, en nuestro enjuiciamiento debemos limitarnos a constatar si, de haberse emitido la videocinta en las condiciones en las que intentaba hacerlo H.B., esta comunicación hubiera podido considerarse fruto del ejercicio lícito del derecho constitu-

cional a la libertad de información. En este sentido, debe tenerse en cuenta que, según nos consta, la Mesa de H.B. acordó el día 5 de febrero de 1996 encargar al Área de Comunicación de dicho órgano «el anuncio, programación y exhibición» de la videocinta; ese mismo día, según se expone en el hecho probado F), la oficina de prensa de H.B. emitió un comunicado, en el que, tras expresar la satisfacción de H.B. por la acogida social que están teniendo las presentaciones de la Alternativa Democrática, manifestaba que en las dos próximas semanas, es decir, durante el período de campaña electoral, se realizarían la mayor parte de las trecientas presentaciones previstas y concluía con un llamamiento de la Mesa de H.B. a la participación de los ciudadanos en las presentaciones. Puede afirmarse, pues, aunque con menos rotundidad, que respecto de los otros dos mensajes, que la posición de H.B. no pretendía ser la del mero transmisor de la información.

En definitiva, cabe concluir que ninguno de los mensajes enjuiciados, de ser difundidos en las condiciones previstas por H.B., podía haberse atribuido el carácter de mensaje neutral. Por ello, para determinar si su difusión queda protegida por las libertades de expresión o de comunicación, deberemos pasar a indagar si su contenido era o no conminatorio. Antes, sin embargo, debe dejarse claro ya en este momento que el hecho de que desde la perspectiva de análisis de la neutralidad de los reportajes resulte artificioso pretender distinguir entre el mensaje de H.B. y el de ETA, de esta constatación no se sigue necesariamente que, a otros efectos, no quepa y no deba distinguirse entre ambos tipos de comunicación. Concretamente, como comprobaremos de inmediato, esta distinción puede ser relevante a la hora de determinar el carácter intimidatorio o no del mensaje de H.B. o también a la hora de precisar si H.B. puede ser condenada por hacer propaganda de un mensaje ajeno, aunque lo haya incluido en su propia comunicación. No cabe duda de que se puede hacer propaganda de un mensaje ajeno y al mismo tiempo utilizarlo para pedir el voto en beneficio propio. Estas son cuestiones que analizaremos en los próximos fundamentos jurídicos.

19. Entrando ya en el análisis del carácter intimidatorio o coercitivo de los mensajes enjuiciados, debe advertirse:

a) En la cinta magnetofónica, como ya se ha dicho, tras exponerse los objetivos políticos de H.B., todos ellos constitucionalmente legítimos, y antes de pedir el voto de los electores para esta asociación política, se informa que «ETA manifiesta que cesará en su actividad armada cuando se consigan y garanticen los citados contenidos mediante un acuerdo político». Es cierto que esa mera información por sí sola carece de virtualidad amenazante, sin embargo, no cabe duda de que la forma en la que se estructura el mensaje de H.B. puede producir claros efectos intimidatorios sobre los electores, incidiendo en su libertad de escoger entre las distintas opciones políticas presentes en el proceso electoral. En efecto, comenzar exponiendo los objetivos que se pretenden alcanzar y, antes de solicitar el voto, afirmar que si se obtienen esos objetivos ETA dejará de utilizar la violencia terrorista, supone llevar al ánimo de los electores que del voto a H.B. depende indirectamente el cese de una actividad terrorista presente en el momento de emitir el mensaje. La credibilidad de la intimidación y su gravedad eran evidentes para cualquier elector medio y con ello el contenido intimidatorio de la cinta.

b) En el *spot* televisivo conviven también dos mensajes o comunicados: Uno atribuible a H.B. y otro a ETA. En efecto, como se recordará, después de una voz en *off* de H.B. en la que cede la palabra a ETA, ésta expone sus objetivos políticos y concluye con la afirmación de que «en caso de que se admitieran los puntos que han de convenir con el Estado español [...] ETA anunciaría

el alto el fuego». Durante toda la transmisión del mensaje aparecen de forma destacada en un primer plano tres pistolas sobre la mesa y delante de los tres encapuchados que transmiten el mensaje. Al final se pide el voto para H.B.

En estas circunstancias es evidente que de la conjunción del mensaje oral y el visual se desprende una amenaza dirigida a los poderes públicos e indirectamente a los ciudadanos para que acepten los planteamientos políticos expuestos si no quieren continuar sufriendo las consecuencias derivadas de los atentados terroristas. Se trata ciertamente de una amenaza difusa, pero de cuya virtualidad ningún ciudadano medio podía dudar y que afectaba a bienes tan importantes como la vida y la integridad física. Pero este carácter amenazante se ve reforzado al integrarse en el *spot* electoral de H.B. ya que en este caso ese contenido genéricamente intimidatorio se vincula explícitamente con la petición de voto para H.B., de modo que la impactante presencia de las armas revela de forma manifiesta que de no otorgarse el voto a la asociación política la violencia continuará.

Por este motivo, no puede compartirse el argumento traído a este proceso de amparo por los recurrentes conforme al cual la interpretación dada por la resolución judicial recurrida a las imágenes de las armas en las videocintas es irrazonable, arbitraria e incurso en error patente —y por ello vulneradora del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 C.E.—, ya que, a su decir, la presencia de estas armas y las condiciones propuestas para finalizar la violencia no incorporan un mensaje amenazante, sino que se limitan a ser un reflejo o una descripción de la realidad existente. Esta argumentación podría ser atendible, como se ha dicho anteriormente, en un contexto de reportaje neutral, pero no cuando los mensajes se utilizan para pedir votos. En este caso, la imagen de las pistolas y la referencia al cese de una violencia real y vigente refuerzan el carácter efectivo y no hipotético de una intimidación que afecta a bienes fundamentales de los electores. En suma, ni el *spot* estaba protegido por la libertad de expresión, ni la Sala sentenciadora conculcó el derecho a la tutela judicial efectiva, ya que dictó una resolución motivada y perfectamente razonable.

c) En el caso de la videocinta, no hay propiamente mensaje de H.B. sino de ETA. En él ciertamente las armas tienen menor protagonismo que en el *spot* electoral, ya que parece en cierto modo que simplemente forman parte de la parafernalia habitual de ETA, sin añadir un nuevo elemento ratificador de la amenaza; por otra parte, el contexto de los actos públicos en el que pretendía difundirse la videocinta tampoco incrementa en el mismo grado que en los otros mensajes su carácter amenazante con el plus de intimidación a los electores, ya que la experiencia demuestra que, a diferencia de lo que acontece respecto de los espacios radiofónicos y televisivos dirigidos a todos los ciudadanos, a los actos públicos electorales sólo suelen acudir personas afines a las opciones políticas de los promotores y, por tanto, son menos susceptibles de ver constreñida su libertad de sufragio. No obstante, debe reconocerse que la estructura del mensaje es prácticamente idéntica a la del *spot* electoral: Tres encapuchados en nombre de ETA exponen los objetivos políticos de la organización y finalizan el comunicado afirmando que «si el Estado español acepta los puntos que han de establecerse, ETA daría un alto al fuego». Dos de los encapuchados al retirarse dejan ver dos pistolas que llevan en la cintura. El carácter intimidatorio del mensaje es claro y las amenazas tan creíbles como graves.

Puede concluirse, pues, que los mensajes analizados, aunque en diferente grado, contenían elementos o aspectos intimidatorios que, al no hallarse directamente protegidos por las libertades de participación política, de expresión y de información, podían en principio, en tanto

que conductas intimidatorias, ser objeto de sanción penal de darse en ellos los elementos que conforman alguno de los delitos tipificados por la ley y, más concretamente, en este caso, los del delito de colaboración con banda armada del art. 174 bis a) del Código Penal, texto refundido de 1973.

20. Con todo, esta sanción sólo podrá estimarse constitucionalmente legítima si en la formulación del tipo y en su aplicación se han respetado las exigencias propias del principio de legalidad penal del art. 25.1 C.E., y si además no han producido, por su severidad, un sacrificio innecesario o desproporcionado de la libertad de la que privan o un efecto que en otras resoluciones hemos calificado de disuasor o desalentador del ejercicio de los derechos fundamentales implicados en la conducta sancionada. Así, por ejemplo, respecto de las libertades de expresión e información, en la STC 190/1996 declaramos que la «trascendencia política y social de la fluidez de las vías de información comporta tanto la cobertura constitucional de la comunicación de información diligentemente comprobada aunque potencialmente falsa, como la radical proscripción del desaliento de la, según el canon indicado, recta actividad informativa. De ahí que el límite constitucional esencial que impone el art. 20 C.E. a la actividad legislativa y judicial sea el de la disuasión de la legítima —diligente— transmisión de información» [fundamento jurídico 3.º a)] (en el mismo sentido pueden citarse la STC 85/1992, fundamento jurídico 5.º, y, en otro contexto, la STC 106/1996, fundamento jurídico 7.º).

En efecto, en relación con este último extremo, conviene dejar claro ya en este momento que en el presente caso, a diferencia de lo que ocurre en la STC 190/1996, aunque los mensajes objeto de sanción contenían elementos intimidatorios y los recurrentes no fueron condenados por el ejercicio lícito de las libertades de participación, de expresión y de información, sino por colaboración con banda armada, a partir de esta sola constatación no cabe excluir que el establecimiento de ciertos tipos penales o ciertas interpretaciones de los mismos pueda afectar a los citados derechos, siquiera sea indirectamente. Esto es así porque el hecho de que se expresen ideas, se comunique información o se participe en una campaña electoral de forma ilícita y, por consiguiente, sin la protección de los respectivos derechos constitucionales, no significa que quienes realizan esas actividades no estén materialmente expresando ideas, comunicando información y participando en los asuntos públicos. Precisamente por ello, una reacción penal excesiva frente a este ejercicio ilícito de esas actividades puede producir efectos disuasorios o de desaliento sobre el ejercicio legítimo de los referidos derechos, ya que sus titulares, sobre todo si los límites penales están imprecisamente establecidos, pueden no ejercerlos libremente ante el temor de que cualquier extralimitación sea severamente sancionada.

Como comprobaremos de inmediato, la exigencia de proporcionalidad de la reacción penal, incluso respecto del ejercicio ilícito de las libertades de expresión e información, ha sido declarada no sólo por este Tribunal (por todas, STC 85/1992), sino también por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (por todas, Sentencia del T.E.D.H. Tolstoy Miloslavsky, de 13 de julio de 1995).

21. Pues bien, la sanción impuesta a los recurrentes ha sido impugnada por éstos desde la doble perspectiva que acabamos de apuntar, de la legalidad y la proporcionalidad de esta medida. En efecto, según nos consta, los demandantes de amparo denuncian en este proceso constitucional que la sanción que les ha sido impuesta vulnera sus derechos a la legalidad penal (art. 25.1 C.E.) y a las libertades de comunicación, de expresión y de participación en la actividad pública (arts. 20 y 23 C.E.) y en ambos casos por dos motivos: Porque el tipo aplicado no respeta los principios de taxatividad, certeza

y previsibilidad y porque la sanción resulta desproporcionada, al ser innecesaria la reacción penal y excesiva la pena impuesta.

Advierten en primer lugar que el tipo penal del art. 174 bis a) del Código Penal de 1973 es en exceso abierto e indeterminado, aunque posteriormente centran sus reproches de inconstitucionalidad únicamente en la ausencia de la constitucionalmente necesaria concreción judicial del mismo (STC 151/1997). Con ello, dicen, no sólo se vulnera el principio de legalidad penal, sino también las libertades antes citadas y muy especialmente la libertad de expresión, ya que, según establece el art. 10.2 del C.E.D.H., su limitación sólo puede producirse cuando existe Ley previa que así lo habilite.

Por su parte, la denuncia relativa a la falta de proporcionalidad de la sanción penal también afectaría a la legalidad de la medida y, sobre todo, a las libertades de información y de participación política; en concreto, en el «motivo» octavo consideran que el recurso a la sanción penal es desproporcionado y la condena constituye una medida innecesaria en una sociedad democrática, con lo que se conculca la previsión contenida en el referido art. 10.2 C.E.D.H. que establece que esta libertad sólo podrá ser sometida a las formalidades, condiciones, restricciones o sanciones previstas por la ley que constituyan «medidas necesarias en una sociedad democrática» para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial. Para los recurrentes —con cita de la Sentencia del T.E.D.H. de 23 de abril de 1992, caso Castells contra España— la condena impuesta no constituiría «una medida necesaria», en el sentido estricto que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos viene dando a este concepto, ya que «el acto enjuiciado se concreta en el acuerdo de difundir a través de la televisión pública y en el espacio gratuito electoral la videocinta en cuestión y el encargo de realizar tal difusión. Pero el intento quedó frustrado, la difusión fue censurada, las videocintas fueron ocupadas por la autoridad y la emisión/difusión no se produjo». Afirman que en otros Estados europeos actos análogos no se sancionan, «de donde se constata la inexistencia de la necesidad en una sociedad democrática de la medida penal». La desproporción de la reacción también derivaría de la inexistencia de riesgo claro e inminente para los bienes cuya protección justifica la restricción de la libertad de información, ya que «sólo hubo un acuerdo y un intento frustrado de difundir las videocintas». «La sentencia condenatoria —se dice— limita y restringe [...] el intento de ejercitar la libertad de comunicación. Castiga y condena por intentar el ejercicio del derecho a informar». La desproporción se hace más patente, alegan, si se tiene en cuenta que este derecho era ejercido «por un partido político [...] por una asociación legal y legítima, con amplio respaldo electoral [...] y en el momento político por excelencia, una campaña electoral». Añaden, finalmente, que existían otras medidas menos gravosas para el derecho como el secuestro judicial, «la negativa de la televisión pública a emitir la videocinta o la intervención al efecto de la propia Autoridad prevista en la legislación electoral».

En la argumentación de los recurrentes, las alegaciones relativas a la proporcionalidad de la pena y a la necesidad de la medida en una sociedad democrática se confunden. Lo mismo sucede en nuestra jurisprudencia, ya que la proporcionalidad en sentido estricto y necesidad de la medida constituyen dos elementos o dos perspectivas complementarias del principio de propor-

cionalidad de las sanciones penales, ínsito, en supuestos como el presente, en la relación entre el art. 25.1 C.E. y los demás derechos fundamentales y libertades públicas, en este caso la libertad personal del art. 17 C.E. y las libertades de los arts. 20 y 23 C.E.

Comenzaremos, pues, nuestro enjuiciamiento con el examen de las alegaciones relativas a la proporcionalidad del precepto aplicado, aunque en este contexto alguna referencia habremos de hacer al principio de taxatividad y previsibilidad de dicho precepto. Conviene advertir al respecto que el derecho a la legalidad penal opera, en primer lugar y ante todo, frente al legislador. Es la ley, en una primera instancia, la que debe garantizar que el sacrificio de los derechos de los ciudadanos sea el mínimo imprescindible y que los límites y restricciones de los mismos sean proporcionados. Por ello, en tanto una condena penal pueda ser razonablemente entendida como aplicación de la ley, la eventual lesión que esa aplicación pueda producir en los referidos derechos será imputable al legislador y no al Juez.

22. En la STC 55/1996, con reiteración posterior en la STC 161/1997, comenzábamos advirtiendo que «el principio de proporcionalidad no constituye en nuestro ordenamiento constitucional un canon de constitucionalidad autónomo cuya alegación pueda producirse de forma aislada respecto de otros preceptos constitucionales [...]. Si se aduce la existencia de desproporción, debe alegarse primero y enjuiciarse después en qué medida ésta afecta al contenido de los preceptos constitucionales invocados: Sólo cuando la desproporción suponga vulneración de estos preceptos cabrá declarar la inconstitucionalidad [...]. Esta constatación no significa que en algún supuesto concreto no pueda argumentarse a partir del principio de proporcionalidad para concluir en la infracción de otro tipo de preceptos constitucionales. Pero, en todo caso, como queda dicho, siempre deberá indagarse, no la sola existencia de una desproporción entre medios y fines, sino en qué medida esos preceptos resultan vulnerados como consecuencia de la citada desproporción» (fundamento jurídico 3.º).

Ahora bien, como indicábamos en las últimas Sentencias citadas es el de los derechos fundamentales el ámbito en el que normalmente y de forma muy particular resulta aplicable el principio de proporcionalidad. «Así ha venido reconociéndolo este Tribunal en numerosas Sentencias en las que se ha declarado que la desproporción entre el fin perseguido y los medios empleados para conseguirlo puede dar lugar a un enjuiciamiento desde la perspectiva constitucional cuando esa falta de proporción implica un sacrificio excesivo e innecesario de los derechos que la Constitución garantiza (SSTC 62/1982, fundamento jurídico 5.º; 66/1985, fundamento jurídico 1.º; 19/1988, fundamento jurídico 8.º; 85/1992, fundamento jurídico 5.º, y 50/1995, fundamento jurídico 7.º)» (STC 55/1996, fundamento jurídico 3.º; en el mismo sentido STC 66/1995, fundamentos jurídicos 4.º y 5.º).

En materia penal, ese sacrificio innecesario o excesivo de los derechos puede producirse bien por resultar innecesaria una reacción de tipo penal o bien por ser excesiva la cuantía o extensión de la pena en relación con la entidad del delito (desproporción en sentido estricto). En esta materia, en la que la previsión y aplicación de las normas supone la prohibición de cierto tipo de conductas a través de la amenaza de la privación de ciertos bienes —y, singularmente, en lo que es la pena más tradicional y paradigmática, a través de la amenaza de privación de la libertad personal—, la desproporción afectará al tratamiento del derecho cuyo ejercicio queda privado o restringido con la sanción. El contexto sancionador nos va a conducir con naturalidad del ámbito de la libertad personal (art. 17 C.E.) —cuando, como es ahora

el caso, la pena sea privativa de libertad— al ámbito del principio de legalidad en materia sancionadora (art. 25.1 C.E.) (SSTC 55/1996, 161/1997 y 61/1998), sin que, en conexión también con él, quepa descartar que quede también lesionado el derecho cuyo ejercicio quedaba implicado en la conducta prohibida. En el presente caso, la pretendida desproporción afectaría, pues, como hemos avanzado, al art. 25.1 C.E. en su relación con la libertad personal (art. 17 C.E.) y con las libertades de expresión y de información del art. 20 C.E. y la de participación en los asuntos públicos del art. 23 C.E.

23. El juicio de proporcionalidad respecto al tratamiento legislativo de los derechos fundamentales y, en concreto, en materia penal, respecto a la cantidad y calidad de la pena en relación con el tipo de comportamiento incriminado, debe partir en esta sede de «la potestad exclusiva del legislador para configurar los bienes penalmente protegidos, los comportamientos penalmente reprobables, el tipo y la cuantía de las sanciones penales, y la proporción entre las conductas que pretende evitar y las penas con las que intenta conseguirlo. “En el ejercicio de dicha potestad el legislador goza, dentro de los límites establecidos en la Constitución, de un amplio margen de libertad que deriva de su posición constitucional y, en última instancia, de su específica legitimidad democrática [...]. De ahí que, en concreto, la relación de proporción que deba guardar un comportamiento penalmente típico con la sanción que se le asigna será el fruto de un complejo juicio de oportunidad” que no supone una mera ejecución o aplicación de la Constitución, y para el que “ha de atender no sólo al fin esencial y directo de protección al que responde la norma, sino también a otros fines legítimos que pueda perseguir con la pena y a las diversas formas en que la misma opera y que podrían catalogarse como sus funciones o fines inmediatos a las diversas formas en que la conminación abstracta de la pena y su aplicación influyen en el comportamiento de los destinatarios de la norma —intimidación, eliminación de la venganza privada, consolidación de las convicciones éticas generales, refuerzo del sentimiento de fidelidad al ordenamiento, resocialización, etc.— y que se clasifican doctrinalmente bajo las denominaciones de prevención general y de prevención especial. Estos efectos de la pena dependen a su vez de factores tales como la gravedad del comportamiento que se pretende disuadir, las posibilidades fácticas de su detección y sanción y las percepciones sociales relativas a la adecuación entre delito y pena” (STC 55/1996, fundamento jurídico 6.º)» (STC 161/1997, fundamento jurídico 9.º).

El juicio que procede en esta sede de amparo, en protección de los derechos fundamentales, debe ser por ello muy cauteloso. Se limita a verificar que la norma penal no produzca «un patente derroche inútil de coacción que convierte la norma en arbitraria y que socava los principios elementales de justicia inherentes a la dignidad de la persona y al Estado de Derecho» (STC 55/1996, fundamento jurídico 8.º) o una «actividad pública arbitraria y no respetuosa con la dignidad de la persona» (STC 55/1996, fundamento jurídico 9.º) y, con ello, de los derechos y libertades fundamentales de la misma. «Lejos (pues) de proceder a la evaluación de su conveniencia, de sus efectos, de su calidad o perfectibilidad, o de su relación con otras alternativas posibles, hemos de reparar únicamente, cuando así se nos demande, en su encuadramiento constitucional. De ahí que una hipotética solución desestimatoria ante una norma penal cuestionada no afirme nada más ni nada menos que su sujeción a la Constitución, sin implicar, por lo tanto, en absoluto, ningún otro tipo de valoración positiva en torno a la misma» (SSTC 55/1996, fundamento jurídico 6.º, y 161/1997, fundamento jurídico 9.º).

Expresando ahora en síntesis lo que desarrollamos extensamente en las dos Sentencias que acabamos de citar, cabe afirmar la proporcionalidad de una reacción penal cuando la norma persiga la preservación de bienes o intereses que no estén constitucionalmente proscritos ni sean socialmente irrelevantes, y cuando la pena sea instrumentalmente apta para dicha persecución. La pena, además, habrá de ser necesaria y, ahora en un sentido estricto, proporcionada. En suma, según hemos reiterado en otras resoluciones, especialmente en la STC 66/1995, fundamentos jurídicos 4.º y 5.º, para determinar si el legislador ha incurrido en un exceso manifiesto en el rigor de las penas al introducir un sacrificio innecesario o desproporcionado, debemos indagar, en primer lugar, si el bien jurídico protegido por la norma cuestionada o, mejor, si los fines inmediatos y mediatos de protección de la misma, son suficientemente relevantes, puesto que la vulneración de la proporcionalidad podría declararse ya en un primer momento del análisis «si el sacrificio de la libertad que impone la norma persigue la prevención de bienes o intereses no sólo, por supuesto, constitucionalmente proscritos, sino ya, también, socialmente irrelevantes» (STC 55/1996, fundamento jurídico 7.º; en el mismo sentido, STC 111/1993, fundamento jurídico 9.º). En segundo lugar deberá indagarse si la medida era idónea y necesaria para alcanzar los fines de protección que constituyen el objetivo del precepto en cuestión. Y, finalmente, si el precepto es desproporcionado desde la perspectiva de la comparación entre la entidad del delito y la entidad de la pena.

Desde la perspectiva constitucional sólo cabrá calificar la norma penal o la sanción penal como innecesarias cuando, «a la luz del razonamiento lógico, de datos empíricos no controvertidos y del conjunto de sanciones que el mismo legislador ha estimado necesarias para alcanzar fines de protección análogos, resulta evidente la manifiesta suficiencia de un medio alternativo menos restrictivo de derechos para la consecución igualmente eficaz de las finalidades deseadas por el legislador» (STC 55/1996, fundamento jurídico 8.º). Y sólo cabrá catalogar la norma penal o la sanción penal que incluye como estrictamente desproporcionada «cuando concorra un desequilibrio patente y excesivo o irrazonable entre la sanción y la finalidad de la norma a partir de las pautas axiológicas constitucionalmente indiscutibles y de su concreción en la propia actividad legislativa» (STC 161/1997, fundamento jurídico 12; en el mismo sentido STC 55/1996, fundamento jurídico 9.º).

24. La exigencia de proporción de la reacción penal en relación con los derechos de información, expresión y participación política ha sido reconocida por este Tribunal en varias SSTC, desde la 62/1982 hasta la 190/1996, pasando, por ejemplo, por la ya citada 85/1992 en la que, al otorgar el amparo contra una sanción penal excesiva impuesta por unas declaraciones insultantes y, por ende, no protegidas por el art. 20.1 C.E., establecimos que «el criterio de la proporcionalidad, reconocido en Sentencias del más variado contenido (SSTC 62/1982, 35/1985, 65/1986, 160/1987, 6/1988, 209/1988, 37/1989, 113/1989, 178/1989 y 154/1990) tiene especial aplicación cuando se trata de proteger derechos fundamentales frente a limitaciones o constricciones, procedan éstas de normas o resoluciones singulares, y así lo declara la STC 37/1989, “en la que se hace referencia a la reiterada doctrina según la cual la regla de la proporcionalidad de sacrificios es de observancia obligada al proceder a la limitación de un derecho fundamental”, doctrina que nos conduce a negar legitimidad constitucional a las limitaciones o sanciones que incidan en el ejercicio de los derechos fundamentales de forma poco comprensible, de acuerdo con una ponderación razonada y proporcionada de los mismos» (fundamento jurídico 4.º).

En esta misma línea, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha establecido que una reacción desproporcionada contra unas declaraciones, aun cuando éstas no sean lícitas y merezcan una sanción, vulnera el derecho a la libertad de expresión por no resultar necesaria en una sociedad democrática (art. 10 C.E.D.H., Sentencia del T.E.D.H. Tolstoy Miloslavsky, de 13 julio de 1995, § 51). La desproporción resulta mayor cuando se trata de las declaraciones emanadas de un partido político, dado su papel esencial para asegurar el pluralismo y el adecuado funcionamiento de la democracia (Sentencia del T.E.D.H. Partido Socialista contra Turquía, 25 de mayo 1998, § 41). El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha subrayado que «la libertad de expresión, preciosa para todos, lo es particularmente para los partidos políticos y sus miembros activos» (Sentencias del T.E.D.H. de 30 de enero de 1998, § 46, caso Partido Comunista Unificado de Turquía y otros contra Turquía, y de 9 de junio de 1998, § 46, caso Incal contra Turquía). De ahí ha llegado a la conclusión de que las injerencias en la libertad de expresión de los miembros y dirigentes de los partidos políticos de la oposición exige de dicho Tribunal un control especialmente estricto (caso Castells contra España, ya citado, § 42, y caso Incal, § 46).

En este último supuesto, en el que un ejemplar de una octavilla presuntamente delictiva fue depositado en la comisaría de policía de la ciudad, pidiéndose autorización para distribuirla y, como toda respuesta, se impuso al recurrente una condena de seis meses y veinte días de cárcel, a una multa y a la retirada por quince días de su carné de conducir, el Tribunal Europeo subraya la radicalidad de la injerencia, destacando que las autoridades pudieron exigir la modificación del contenido de la octavilla y alertando sobre el aspecto preventivo de la misma que, por sí sólo, plantea problemas desde la perspectiva del art. 10 del C.E.D.H. En conclusión, la condena de prisión de seis meses y veinte días se entendió desproporcionada a la finalidad de defensa del orden público y, por supuesto, innecesaria en una sociedad democrática (caso Incal, §§ 56 a 58).

25. La aplicación de los criterios y pautas resumidos en el fundamento jurídico 24 al caso aquí enjuiciado exige, en primer lugar, que precisemos cuál es el contenido del precepto sancionador aplicado y, más concretamente, cuáles son los actos de los recurrentes que la Sala sentenciadora, en ejercicio de su función judicial, ha considerado subsumibles en el tipo penal establecido en el art. 174 bis a) del Código Penal de 1973 cuyo tenor literal es el siguiente:

«1.º Será castigado con las penas de prisión mayor y multa de 500.000 a 2.500.000 pesetas el que obtenga, recabe o facilite cualquier acto de colaboración que favorezca la realización de las actividades o la consecución de los fines de una banda armada o de elementos terroristas o rebeldes. 2.º En todo caso, son actos de colaboración la información o vigilancia de personas, bienes o instalaciones, la construcción, cesión o utilización de alojamientos o depósitos, la ocultación o traslados de personas integradas o vinculadas a bandas armadas o elementos terroristas o rebeldes, la organización o asistencia a prácticas de entrenamiento y cualquier otra forma de cooperación, ayuda o mediación, económica o de otro género, con las actividades de las citadas bandas o elementos.»

A los efectos de una mejor comprensión del alcance y significado del citado art. 174 bis a) C.P. (texto refundido 1973) conviene tener presente los hitos fundamentales en la gestación y evolución de dicho precepto en el ámbito de la legislación penal española.

Concretamente, procede recordar que si bien fue la L.O. 2/1981, de 4 de mayo, la que incorporó el art. 174 bis a) al Código Penal, tipificando al mismo tiempo como específica conducta delictiva la realización de actos de colaboración que favorezcan la creación de bandas armadas, la realización de cualesquiera actividades de las mismas y la comisión de cualquier clase de delitos por personas integradas en dichas bandas, sin embargo, fue la L.O. 9/1984, de 26 de diciembre, contra la actuación de bandas armadas y elementos terroristas y de desarrollo del art. 55.2 C.E., la que dotó a la conducta delictiva del alcance que ha mantenido hasta su derogación por la entrada en vigor del Código Penal de 1995. En efecto, si bien la L.O. 9/1984 derogó, entre otros, el art. 174 bis a) del Código Penal, mantuvo la punición de la conducta en él contenida como art. 9 de la propia ley, introduciendo algunas modificaciones que implicaron la ampliación del ámbito típico de la conducta de colaboración al incluirse *ex novo* al «que obtenga, recabe o facilite cualquier acto de colaboración que favorezca [...] la realización de los fines de un grupo terrorista o banda armada o rebelde».

En la evolución sufrida por el citado precepto procede resaltar, en segundo término, que la L.O. 3/1988, de 25 de mayo, de Reforma del Código Penal, volvió a ubicar la conducta delictiva en el Código Penal en el art. 174 bis a), si bien ampliando una vez más su alcance al sustituir los actos de colaboración que pudieran favorecer «la comisión de delitos» de las organizaciones terroristas por los actos de colaboración que favorezcan «la realización de las actividades [...] de una banda armada o de elementos terroristas o rebeldes». De otra parte, modificó la redacción de la conducta consistente en favorecer la realización de los fines del grupo terrorista, sustituyendo el término «realización» por el de «consecución», sin que ello tuviera consecuencias significativas en el alcance del precepto.

En tercer lugar, resulta significativo señalar que, a pesar de las continuas ampliaciones de la conducta típica al objeto de sancionar toda forma de favorecimiento de las actividades de las bandas armadas y de la existencia y pervivencia de las mismas, por lejana e ínfima conexión que la concreta conducta pudiera tener con hechos delictivos concretos, ello no supuso paralelamente una modificación del límite mínimo del marco punitivo original de la pena de prisión con la que se castigaban estas conductas, que continuó establecido en seis años y un día.

Con idéntico alcance y sanción se ha mantenido el art. 174 bis a) del Código Penal hasta la entrada en vigor del Código Penal de 1995, que, en su art. 576.1, prevé la imposición de las penas de prisión de cinco a diez años y multa de dieciocho a veinticuatro meses para «el que lleve a cabo, recabe o facilite cualquier acto de colaboración con las actividades o las finalidades de una banda armada, organización o grupo terrorista», e incorpora en la cláusula de cierre del elenco de actos descritos de forma específica como actos de colaboración —art. 576.2—, la necesidad de que «cualquier otra forma [...] de cooperación, ayuda o mediación económica o de otro género, con las actividades de las citadas bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas» para ser calificada como conducta delictiva sea «equivalente» a los mismos.

26. Para la Sala sentenciadora «los hechos declarados probados bajo los epígrafes B), C), D) y E) son legalmente constitutivos de un delito de colaboración con banda armada en grado de consumación previsto y penado en el art. 174 bis a), 1.º y 2.º, inciso final, del Código Penal de 1973, vigente en el momento de ocurrir los hechos».

Según se recordará, en el apartado B) se describen los Acuerdos adoptados por la Mesa de H.B. el día 5

de febrero de 1996 consistentes en «asumir el contenido de las videocintas» remitidas por ETA, proceder a su difusión y ceder a dicha organización los espacios electorales correspondientes a H.B.; en segundo lugar, el encargo efectuado al Área de Comunicación de la Mesa de H.B. de anunciar, programar y exhibir copias de la videocinta de veinte minutos en actos públicos y de preparar una maqueta y copias de la segunda videocinta para que fuese emitida por las televisiones públicas del País Vasco y de Navarra como *spot* electoral, previa su remisión a las mismas, como así se hizo. A estas conductas la Sentencia agrega, como «complementarias», las acciones descritas en los apartados C), D) y E), a saber: Primero, la confección de una cinta magnetofónica y su remisión a Radio Nacional de España para su emisión en los espacios electorales gratuitos, llevadas a cabo por el Área de Comunicación de la Mesa de H.B., en cumplimiento del Acuerdo de la Mesa de 5 de febrero de 1996; segundo, el envío de la videocinta, por acuerdo de la Mesa de H.B., a S.M. el Rey y al Presidente del Gobierno, al que se adjunta un comunicado explicativo; y, finalmente, ante la prohibición y difusión de la videocinta, el *spot* y la cinta magnetofónica, la decisión de que el Área de Comunicación remitiera a Televisión Española una nueva videocinta en la que, tras una voz en *off* que habla en nombre de H.B., aparece en la pantalla la expresión «censurado».

Este conjunto heterogéneo de conductas, declara la Sala sentenciadora siguiendo una mayoritaria doctrina del Tribunal Supremo, «encaja, como elemento objetivo, en la definición legal de acto de colaboración (con banda armada)». Con todo, debe observarse que al desarrollar la argumentación, la Sentencia recurrida centra su atención de modo muy particular en la cesión de los espacios electorales a ETA, considerando tales no sólo los espacios televisivos y radiofónicos en los que debían emitirse el *spot* y la cinta magnetofónica, sino también la difusión de la videocinta en actos públicos. Para la Sala estas conductas constituyen actos de colaboración con banda armada en cuanto contribuyen a promocionar los medios violentos utilizados por la organización terrorista y, en definitiva, a la organización misma. «La presencia de armas» en los mensajes electorales permite concluir, dice la Sentencia, que con ese «mensaje visual» no se promocionan sólo las propuestas políticas, sino la metodología terrorista. La cesión de los espacios electorales a estos mensajes visuales supone la promoción de la «metodología terrorista como medio de implantación de reivindicaciones políticas» —fundamento de Derecho 16— y en general la promoción de la organización ETA. Es «dicha cesión, en conjunción con las imágenes de las videocintas [...], la estructura fáctica que conforma la acción de colaboración con una organización terrorista y la que por su intensidad, consciencia y finalidad promocional de ETA merece el reproche penal» —fundamento de Derecho 18—. Las actividades relativas a la cesión del espacio para emitir los concretos mensajes del caso, afirma la Sentencia, «están dirigidas al idóneo favorecimiento —en este caso por su efecto propagandístico y difusor— de las actividades del grupo terrorista» (fundamento de Derecho 23) y concluye afirmando «a partir de la diferenciación entre fines y actividad, el encaje penal de la conducta se produzca por la vía de la colaboración con banda armada». Naturalmente, el mensaje visual en el que la Sentencia pone especial énfasis no puede aplicarse a la cinta magnetofónica. Por otra parte, la Sentencia impugnada, aplicando el criterio mayoritariamente seguido por el Tribunal Supremo desde sus primeras resoluciones (Sentencias del Tribunal Supremo de 26 de diciembre de 1984, 19 de diciembre de 1988, 21 de marzo de 1989, 2 de febrero de 1993 y 25 de noviembre de 1995, entre otras) entiende que la Ley configura el tipo delictivo de colaboración con banda armada como uno de los delitos que la doctrina

califica como de «actividad» o de «peligro abstracto», en los que se adelanta la línea de defensa castigando ya el principio de ejecución como delito consumado.

Pues bien, partiendo del presupuesto de que la interpretación del contenido y alcance de los tipos penales corresponde a los Tribunales de la jurisdicción ordinaria y muy señaladamente al Tribunal Supremo, constituye para nuestro enjuiciamiento una premisa o un dato previo la conclusión alcanzada por la Sentencia recurrida conforme a la cual en el tipo penal previsto en el art. 174 bis a) del Código Penal de 1973 es un tipo de «actividad» o de «peligro abstracto» en el que se incluye como delito en grado de consumación, castigado con una pena mínima de seis años y un día y multa de 500.000 pesetas, el conjunto de conductas anteriormente descritas llevadas a cabo por los dirigentes de una asociación política legal en el curso de una campaña electoral y tendentes, en esencia, a transmitir a determinados medios públicos de comunicación para su difusión en los espacios electorales unas cintas en las que se contenían mensajes intimidatorios con los que se pretendía que los ciudadanos conocieran las propuestas de ETA y de la propia asociación H.B. y se pedía el voto para esta última. Ese intento de difusión de los referidos mensajes, como sabemos, quedó frustrado por la prohibición de su difusión adoptada por el Juzgado Central de Instrucción núm. 5 mediante sendos Autos de 15 y 16 de febrero de 1996. La amplitud e indeterminación de los términos a los que recurre el art. 174 bis a) del Código Penal al tipificar conductas como «el que obtenga, reciba o facilite cualquier acto de colaboración que favorezca la realización de las actividades o la consecución de los fines de una banda armada [...] y cualquier otra forma de cooperación, ayuda o mediación, económica o de otro género, con las actividades de las citadas bandas», resulta legítimo que la Sala sentenciadora incluya en este tipo las conductas antes descritas.

Siendo esto así, nuestro juicio de proporcionalidad debe dirigirse a analizar si resulta proporcionada una figura delictiva que condena las conductas descritas a penas de un mínimo de seis años y un día de prisión.

27. Respecto de los bienes o intereses que el precepto examinado pretende proteger debe admitirse que, en efecto, desde nuestro específico control constitucional, tienen suficiente entidad como para justificar la previsión de un precepto sancionador. Como dijimos en la STC 199/1987, fundamento jurídico 4.º, el terrorismo constituye una manifestación delictiva de especial gravedad, que pretende instaurar el terror en la sociedad y alterar el orden constitucional democrático, por lo que ha de admitirse que cualquier acto de apoyo al mismo comporta una lesión, al menos potencial, para bienes jurídicos individuales y colectivos de enorme entidad, a cuya defensa se dirige el tipo analizado. No puede negarse en abstracto la posibilidad de que el Estado limite mediante el establecimiento de sanciones penales el ejercicio de los derechos fundamentales para garantizar bienes tan relevantes como la vida, la seguridad de las personas o la paz social que son puestos en peligro por la actividad terrorista. Así lo admite el art. 10.2 del C.E.D.H. y así lo reconoce el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en numerosas resoluciones (por todas, Sentencia de 25 de noviembre de 1997, §§ 49 y 50, caso Zana).

Tampoco cabe dudar de la idoneidad de la sanción prevista. Se trata de una medida que, con toda seguridad, puede contribuir a evitar la realización de actos de colaboración con una organización terrorista y cooperar así a la consecución de los fines inmediatos de la norma.

Más problemas suscita, sin embargo, el juicio de necesidad de la medida y, sobre todo, de proporcionalidad en sentido estricto de la pena mínima que este precepto obliga a imponer.

28. Los demandantes de amparo alegan, como queda dicho, que ante la simple remisión de unas cintas de vídeo y magnetofónicas a unos organismos públicos para su difusión, la primera y única reacción de los poderes públicos, salvo la inicial prohibición de su emisión, fue la de sancionar a todos los miembros de la dirección de la asociación política a siete años de prisión. Afirman, sin mayor argumentación, que existían otras posibles medidas alternativas, como el secuestro judicial, la negativa de las radios y televisiones públicas a emitir los mensajes o la intervención de las Autoridades previstas en la legislación electoral, que hubieran entrañado un menor sacrificio de sus libertades de información, expresión y participación política.

No cabe la menor duda de que las medidas señaladas por los recurrentes entrañan una menor intensidad coactiva que la pena de privación de libertad prevista por el legislador en el art. 174 bis a) del C.P. de 1973. Sin embargo, el juicio de necesidad que compete a este Tribunal es mucho más complejo y matizado. Como hemos dicho en otras ocasiones, el control del Tribunal Constitucional sobre «la existencia o no de medidas alternativas menos gravosas pero de la misma eficacia [...] tiene un alcance y una intensidad muy limitadas, so pena de arrogarse un papel de legislador imaginario que no le corresponde y de verse abocado a realizar las correspondientes consideraciones políticas, económicas y de oportunidad que le son institucionalmente ajenas y para las que no está constitucionalmente concebido»; por ello, esta tacha de desproporción solamente será aplicable cuando «las medidas alternativas (sean) palmariamente de menor intensidad coactiva y de una funcionalidad manifiestamente similar a la que se critique por desproporcionada» (STC 161/1997, fundamento jurídico 11).

Al enjuiciar el presente caso desde la perspectiva que acabamos de apuntar deben tenerse presente dos datos interrelacionados de notable relieve: En primer lugar, que lo que se sanciona penalmente no es un ejercicio legítimo de los derechos proclamados en los arts. 20 y 23 C.E., de modo que no estamos en un ámbito directamente tutelado por esos derechos constitucionales y, en consecuencia, la protección frente a sacrificios innecesarios o excesivos es sin duda menor, y, en segundo lugar, que lo que se sanciona es una actividad calificada por quien tiene competencia para ello de colaboración con banda armada al tratarse de conductas que, aunque sólo se hallen en una fase inicial de ejecución, tienden a promocionar los métodos terroristas de una banda armada y a la organización en sí misma considerada. En estas circunstancias, atendiendo a la importancia de los bienes que se pretenden tutelar con el precepto penal, así como a la falta de argumentación de los recurrentes y al concreto control de constitucionalidad reservado a este Tribunal en este ámbito, no cabe concluir que la reacción penal resulta innecesaria y que las medidas no penales tendrían un grado de «funcionalidad manifiestamente similar».

29. Nuestra decisión ha de ser diferente en relación con el juicio estricto de proporcionalidad, que es el que compara la gravedad del delito que se trata de impedir —y, en general, los efectos benéficos que genera la norma desde la perspectiva de los valores constitucionales— y la gravedad de la pena que se impone —y, en general, los efectos negativos que genera la norma desde la perspectiva de los valores constitucionales—. La norma que se ha aplicado a los recurrentes no guarda, por su severidad en sí y por el efecto que la misma comporta para el ejercicio de las libertades de expresión y de información, una razonable relación con el desvalor que entrañan las conductas sancionadas.

Ese desequilibrio resulta manifiesto si se tienen en cuenta las cuatro circunstancias siguientes:

a) En cuanto a las conductas sancionadas no cabe duda de que son potencialmente peligrosas en la medida en que son constitutivas de colaboración con banda armada, pero resultaron en la realidad muy alejadas de los peligros que la norma aplicada quiere finalmente evitar. Recuérdese, en primer lugar, que no estamos ante una conducta directamente constitutiva de un resultado de colaboración con banda armada, como lo hubiera sido por ejemplo la difusión efectiva de la intimidación contenida en los mensajes televisivos y radiofónicos a que se ha hecho referencia, sino ante un acto de colaboración —tal como lo calificó la Sala sentenciadora— tendente a tal resultado de efectiva colaboración. Los recurrentes, en efecto, no emprendieron directamente la realización de la actividad difusora, sino que remitieron las cintas a los respectivos organismos públicos. Repárese además, en segundo lugar, en que perdieron con ello el dominio del curso de riesgo que conducía del acuerdo delictivo al efectivo apoyo a la organización terrorista; dominio que les hubiera permitido mantener el acto de colaboración hasta la producción de su efectivo resultado, del beneficio para la organización terrorista y del perjuicio para la sociedad. En el previsible horizonte que se daba tras el Acuerdo de difusión se encontraba la seria probabilidad de que el curso de riesgo por ellos desatado se viera interrumpido, como así fue, por la intervención de la autoridad judicial o por la negativa de los medios de comunicación afectados a la emisión delictiva pretendida, negativa previa a la denuncia ante la autoridad judicial.

b) Por el contrario, en el otro plato de la balanza, en el de los costes fácticos que la medida comporta para los valores constitucionales, debe destacarse, en primer lugar, la muy significativa entidad de la pena: Una privación de libertad de una duración mínima de seis años y un día y máxima de doce y una multa de cuantía comprendida entre 500.000 y 2.500.000 pesetas. Esta misma pena de prisión mayor se asignaba en el Código Penal de 1973, por ejemplo, a los integrantes de bandas armadas (art. 174.3), a los ejecutores de una sedición (art. 219.3.º), al aborto doloso no consentido por la embarazada (art. 411, párrafo 1.º), a las mutilaciones de miembro no principal (art. 419), a las agresiones sexuales graves (art. 430), al robo con torturas (art. 501.4.º) o al incendio de masas forestales con peligro para la vida de las personas [art. 553 bis a)].

En el mismo sentido se constata que la pena de prisión prevista para las conductas de colaboración con o favorecimiento de bandas armadas en la legislación penal de los países de nuestro entorno jurídico y socio-cultural es, de uno o seis meses a cinco años en Alemania —§§ 129 y 129 a) del Código Penal alemán—, de un día a tres años en Austria —§ 279 del Código Penal austríaco—, de hasta cinco años en el Reino Unido —arts. 10 y 11 de la Ley de Prevención del Terrorismo—, de quince días a cuatro años en Italia —arts. 307 y 378 del Código Penal italiano.

c) En la relativización de la gravedad de los comportamientos sancionados y en los costes sociales de la norma penal incide el hecho de que la misma se aplica a la expresión de ideas e informaciones por parte de los dirigentes de una asociación política legal en el seno de una campaña electoral y dirigida a la petición del voto de los ciudadanos. Hemos reiterado que la difusión de estas ideas e informaciones y este modo de participación en la actividad política no constituye un ejercicio lícito de las libertades de expresión, de información y de participación política y, por ello, no están tuteladas por esos derechos constitucionales y por ello pueden ser objeto de sanción penal; sin embargo, también hemos señalado que es indudable que las conductas incriminadas son actividades de expresión de ideas e informaciones y constituyen una forma de participación política y, en consecuencia, una sanción penal despro-

porcionada puede producir efectos de desaliento respecto del ejercicio lícito de esos derechos. En suma, aun admitiendo la legitimidad del recurso a la vía penal, la pena no puede proyectarse con la dureza que el tipo previene sobre la universalidad de los componentes del órgano dirigente de una asociación política que, si bien extralimitándose, han actuado en un ámbito en el que las formaciones políticas deben operar con la mayor libertad sin más limitaciones que las estrictamente necesarias para preservar la libertad de los ciudadanos.

El art. 20 C.E., en sus distintos apartados, «garantiza el mantenimiento de una comunicación pública libre, sin la cual quedarían vaciados de contenido real otros derechos que la Constitución consagra, reducidas a formas huérfanas las instituciones representativas y absolutamente falseado el principio de legitimidad democrática que enuncia el art. 1.2 C.E., y que es la base de toda nuestra ordenación jurídico-política». Desde esta premisa, enunciada en nuestra jurisprudencia por la STC 6/1981, fundamento jurídico 3.º, hemos subrayado que la libertad para expresarse se encuentra especialmente reforzada cuando su ejercicio se asocia con la realización de otros derechos fundamentales, tales como la libertad ideológica (STC 30/1986) o los derechos de defensa y a la asistencia letrada (STC 157/1996), pero este reforzamiento es máximo cuando se trata de participar en los asuntos públicos, nervio del Estado democrático que nos hemos dado con la Constitución (SSTC 119/1990, fundamentos jurídicos 4.º y 7.º, y 119/1995, fundamentos jurídicos 2.º y 3.º). El principio de interpretación del Ordenamiento jurídico en el sentido más favorable al ejercicio y disfrute de los derechos fundamentales «es de especial relevancia en el proceso electoral, en donde se ejercen de manera efectiva los derechos de sufragio activo y pasivo que, por estar en la base de la legitimación democrática del ordenamiento político, han de recibir un trato especialmente respetuoso y favorable» (STC 76/1987, fundamento jurídico 2.º). La libertad que debe presidir la concurrencia de distintos programas y candidatos ante los ciudadanos, para solicitar su voto, justifica que la ley penal imponga límites contra cualquier conducta amenazante o intimidatoria. Pero, simultáneamente, esa misma libertad debe ser constreñida lo mínimo imprescindible, so pena de permitir una interferencia excesiva de los poderes públicos en el desarrollo del debate electoral, y que la subsiguiente votación no refleje fielmente «la opinión del pueblo en la elección del cuerpo legislativo» (art. 3 del Protocolo 1 al C.E.D.H.).

Como queda dicho, la exigencia del empleo de una especial moderación en la represión de actividades relacionadas con las libertades de expresión y comunicación de los dirigentes de los partidos políticos ha sido declarada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en numerosas Sentencias, algunas de las cuales se han citado ya en fundamentos jurídicos precedentes. Recuérdese tan sólo que la Sentencia del caso *Incal*, relativa a un supuesto que guarda cierta relación con el aquí enjuiciado, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos consideró desproporcionada una sanción de seis meses y veinte días como reacción frente a la pretensión de difundir unas octavillas sometidas a previa autorización por parte de los poderes públicos.

La aplicación de un precepto que contempla una pena mínima de seis años y un día produce un claro efecto disuasorio del ejercicio de las libertades de expresión, comunicación y participación en la actividad pública, aunque las conductas sancionadas no constituyan ejercicio legítimo de las mismas.

d) Finalmente, debe tenerse en cuenta que ese efecto disuasorio se refuerza en supuestos como el presente en el que la relativa indeterminación del precepto, aunque no plantee problemas desde el punto de vista de la taxatividad, puede crear alguna incertidumbre acerca

de si la expresión de unas ideas, la comunicación de una información o la participación en una determinada actividad pública es lícita o, por el contrario, resulta muy severamente penada. Esta incertidumbre puede inhibir de modo natural el ejercicio de tales libertades, necesarias para el funcionamiento democrático de la sociedad y radicalmente imprescindibles cuando tal ejercicio se refiere a los partidos políticos y al momento en el que se dirigen a recabar la voluntad de los ciudadanos.

30. Las consideraciones anteriores se ven reforzadas desde la perspectiva de la específica legislación en la que el precepto que nos ocupa, tal como ya se ha dicho, tuvo su origen. La extraordinaria agravación de la delincuencia terrorista obligó al legislador nacional —de forma parecida a lo ocurrido en otros países de nuestro entorno— a introducir en nuestra legislación penal un tipo penal construido a partir de la expresión, reiterada y constante en sus distintas y sucesivas variantes, «cualquier acto de colaboración»; con ello, se incorporaba una pretensión de universalidad en los modos y maneras de apoyo a la actividad terrorista ciertamente legítima, y sin duda exigida por la necesidad de no dejar impune ninguna de sus manifestaciones.

De este modo, y en términos generales, puede afirmarse que nos encontramos ante una constante en lo que al derecho comparado se refiere en materia de legislación antiterrorista, es decir, la previsión de un tipo muy poco específico de colaboración o apoyo a grupos terroristas, condicionado por la necesidad de no dejar fuera, dentro de lo posible, ninguna forma o variedad de respaldo individual o social al fenómeno terrorista.

Este coste inevitable en lo que a la determinación de la conducta típica se refiere, sin embargo, sólo resulta constitucionalmente admisible en la medida en que la mencionada apertura del tipo se vea acompañada de la consiguiente ampliación, por así decir, del marco punitivo, que haga a su vez posible la puesta a disposición del Juez de los resortes legales necesarios a la hora de determinar y adecuar la pena correspondiente en concreto a cada forma de manifestación de estas conductas de colaboración con los grupos terroristas. De otro modo, y tal como pone también de manifiesto la legislación comparada, el aplicador del derecho se situaría ante la disyuntiva ya sea de incurrir en evidente desproporción, ya sea de dejar impunes conductas particularmente reprochables.

Tal disyuntiva es precisamente la que caracteriza la configuración del delito de colaboración con banda armada según resulta del art. 174 bis a) C.P. 1973, en el que se combina el carácter omnicomprensivo de las formas de colaboración («cualquier acto de colaboración»), consustancial al tipo de legislación que nos ocupa, con la previsión de una clase de pena privativa de libertad cuyo mínimo resulta particularmente elevado. De este modo, la apreciación por parte de la Sala sentenciadora, dentro de las funciones que le son propias, de que nos encontramos ante una de dichas formas de colaboración ha arrastrado, por imperativo de la ley, la imposición de una pena que, tal como se ha razonado, no guarda proporción con las singulares circunstancias del caso.

En conclusión, cabe reiterar que se ha producido una vulneración del principio de legalidad penal en cuanto comprensivo de la proscripción constitucional de penas desproporcionadas, como directa consecuencia de la aplicación del art. 174 bis a) C.P. 1973. El precepto resulta, en efecto, inconstitucional únicamente en la medida en que no incorpora previsión alguna que hubiera permitido atemperar la sanción penal a la entidad de actos de colaboración con banda armada que, si bien pueden en ocasiones ser de escasa trascendencia en atención al bien jurídico protegido, no por ello deben quedar impunes. Expresado en otros términos, no es la apertura de la conducta típica de colaboración con

banda armada la que resulta constitucionalmente objetable, sino la ausencia en el precepto de la correspondiente previsión que hubiera permitido al juzgador, en casos como el presente, imponer una pena inferior a la de prisión mayor en su grado mínimo. A partir, por tanto, de la apreciación por parte de la Sala sentenciadora de que nos encontramos ante uno de los mencionados «actos de colaboración» con banda armada, el precepto legal en cuestión hubiera debido permitir la imposición de una pena proporcionada a las circunstancias del caso: No habiéndolo hecho así, el reiterado precepto incurre en inconstitucionalidad en el sentido que se acaba de indicar.

En casos como el que ahora nos ocupa, es claro que siempre entrará dentro de la libertad de configuración del legislador penal la elección de la técnica o la vía concretas para restaurar la vigencia del principio de proporcionalidad en la represión de las conductas delictivas aquí contempladas, sin que a este Tribunal, como es lógico, corresponda especificar ninguna de ellas.

La apreciación de la vulneración del derecho a la legalidad penal por parte del art. 174 bis a) C.P. 1973 desde la perspectiva del principio de proporcionalidad nos exige de analizar el mismo precepto legal desde los otros ángulos del mencionado derecho fundamental alegados por los recurrentes. Igualmente resulta innecesario examinar el resto de los «motivos» en torno a los que se articula la demanda de amparo.

Tampoco es preciso suscitarse cuestión interna de inconstitucionalidad acerca del art. 174 bis a) del Código Penal de 1973, ya que este precepto ha sido derogado por el Código Penal aprobado en 1995 por lo que la posible declaración de inconstitucionalidad no cumpliría su función de depuración *erga omnes* de normas inconstitucionales [STC 67/1998, fundamento jurídico 7 A)].

## FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

Ha decidido

Otorgar el amparo a los recurrentes y, en consecuencia:

1.º Reconocer que el art. 174 bis a) 1.º y 2.º del Código Penal de 1973 al ser aplicado al caso ha vulnerado su derecho a la legalidad penal (art. 25.1 C.E.).

2.º Restablecerles en sus derechos y, a tal fin, declarar la nulidad de la Sentencia núm. 2/1997, de 29 de noviembre de 1997, dictada por la Sala Segunda del Tribunal Supremo, en la causa especial núm. 840/1996.

Publíquese esta Sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».

Dada en Madrid a veinte de julio de mil novecientos noventa y nueve.—Pedro Cruz Villalón.—Carles Viver Pi-Sunyer.—Rafael de Mendizábal Allende.—Julio Diego González Campos.—Manuel Jiménez de Parga y Cabrera.—Tomás S. Vives Antón.—Pablo García Manzano.—Pablo Cachón Villar.—Fernando Garrido Falla.—Vicente Conde Martín de Hijas.—Guillermo Jiménez Sánchez.—María Emilia Casas Baamonde.—Firmado y rubricado.

*Voto particular concurrente que formula el Magistrado don Carles Viver Pi-Sunyer respecto de la Sentencia dictada en el recurso de amparo 5.459/97, al que se adhieren los Magistrados don Julio Diego González Campos, don Tomás S. Vives Antón y doña María Emilia Casas Baamonde*

1. Estoy plenamente de acuerdo con el fallo y con la argumentación que lleva a él, en la que se razona

la evidente desproporción existente entre las conductas sancionadas y la pena impuesta. Sin embargo, creo que la Sentencia también debería haber otorgado el amparo por vulneración del derecho a la presunción de inocencia de los recurrentes, consagrado en el art. 24.2 C.E. Dada la entidad del quebranto constitucional producido y atendida la naturaleza y las funciones constitucionales del proceso de amparo, estimo que la Sentencia no debía limitarse a enjuiciar la constitucionalidad del precepto aplicado, sino que, siguiendo una práctica habitual en nuestra jurisprudencia, debería haber examinado también la alegación relativa a la presunción de inocencia, para estimarla.

2. El Tribunal Constitucional, en la medida en que el Ordenamiento jurídico le atribuye la garantía constitucional de ese derecho fundamental, debe velar, dentro de los límites que siempre he defendido y a los que luego me referiré, porque en nuestro Estado de Derecho ninguna persona sea condenada sin prueba de cargo. Esto es, a mi juicio, lo que ha sucedido en el presente caso, ya que la Sentencia impugnada no expresa la existencia de dicha prueba.

En numerosas ocasiones este Tribunal ha destacado que el derecho a la presunción de inocencia es uno de los principios cardinales del Derecho penal contemporáneo, en sus facetas sustantiva y formal (por todas, STC 105/1994, fundamento jurídico 5.º), al tiempo que constituye, sin lugar a duda, una de las claves de bóveda más firmes en las que se asienta todo el Estado de Derecho. Ese derecho fundamental responde a una idea consustancial a la concepción constitucional de la justicia y de la dignidad humana: para condenar a una persona no basta la convicción del Juez, sino que se requiere la existencia de pruebas que avalen esta convicción (por todas, STC 55/1982, fundamento jurídico 2.º); sin pruebas suficientes y concluyentes no se puede atribuir a nadie un comportamiento que revista un significado anti-jurídico, susceptible por ello de acarrear una sanción.

Lo esencial del proceso penal propio de un Estado democrático no es sólo que el conflicto lo resuelva un Juez imparcial a través de un diálogo igualitario, racional e informado entre las partes enfrentadas, sino también el que ese Juez, al tomar su decisión, parta de la presunción de la inocencia del acusado como regla de juicio. Esta regla niega, por de pronto, que el acusado llegue al juicio con una condición indefinida respecto a su culpabilidad penal que el Juez haya de concretar en función de los argumentos que resulten más abundantes o más convincentes. El acusado llega al juicio como inocente y sólo puede salir de él como culpable si aquella condición de inocente resulta plenamente desvirtuada por el Juez a partir de las pruebas aportadas por la acusación. Como señalábamos en la STC 81/1998, y recordábamos recientemente en las SSTC 189/1998 y 220/1998, «la presunción de inocencia, en su vertiente de regla de juicio [...] opera, en el ámbito de la jurisdicción ordinaria, como el derecho del acusado a no sufrir una condena a menos que la culpabilidad haya quedado establecida más allá de toda duda razonable» (fundamento jurídico 3.º).

3. En torno al derecho constitucional a la presunción de inocencia este Tribunal Constitucional ha elaborado una abundante y consolidada doctrina, cuya aplicación al caso aquí enjuiciado, sin introducir en ella matices ni innovaciones, lleva, en mi opinión, a otorgar el amparo también por este motivo.

Desde su acotada pero irrenunciable competencia este Tribunal ha contribuido, desde sus primeras Sentencias (STC 31/1981), a precisar el contenido esencial del derecho fundamental a la presunción de inocencia como regla de juicio, delimitando los aspectos indiscutiblemente constitucionales de ese derecho. Así, con unas u otras palabras y con una u otra ordenación o

perspectiva (SSTC 140/1985, 105/1986, 109/1986, 141/1986, 92/1987, 105/1988, 160/1988, 150/1989, 201/1989, 217/1989, 169/1989, 169/1990, 134/1991, 24/1992, 76/1993, 175/1993, 62/1994, 71/1994, 259/1994, 131/1997 y 173/1997), hemos venido declarando que para que una actividad probatoria permita condenar sin infringir el derecho a la presunción de inocencia es necesario que reúna las dos siguientes condiciones: De un lado, que la acusación aporte pruebas de cargo válidas, suficientes y concluyentes, y, de otro, que las diligencias probatorias se hayan practicado con las debidas garantías procesales, que no son sino garantías de defensa y de fiabilidad: Garantías de que el acusado ha podido contradecir las pruebas y de que sus resultados pueden responder a la realidad acaecida.

Pues bien, de estas dos vertientes del derecho a la presunción de inocencia en tanto que regla de juicio, los recurrentes centran su denuncia únicamente en la primera. No impugnan las pruebas practicadas por su falta de garantías, sino por su insuficiencia o, desde la perspectiva inversa, por la falta de fundamento probatorio de algunos aspectos esenciales del relato de hechos probados. En este aspecto de la presunción de inocencia debemos pues centrar la atención.

Respecto de la necesaria existencia de prueba de cargo para poder condenar a una persona, el Tribunal ha reiterado que el acervo probatorio traído al proceso por la acusación debe ser suficiente, en el sentido de que aporte objetivamente elementos de incriminación respecto a la existencia del hecho punible y a la participación en él del acusado, que no tiene la carga de probar su inocencia. Esta suficiencia habrá de ser racionalmente apreciada por el Juez o el Tribunal y explicada en la Sentencia. Sólo así cabrá confiar en que el resultado de la prueba de cargo responde a la verdad. Con las palabras de las SSTC 189/1998 (fundamento jurídico 5.º) y 220/1998 (fundamento jurídico 3.º), cabe «constatar una vulneración del derecho a la presunción de inocencia cuando no haya pruebas de cargo válidas, es decir, cuando los órganos judiciales hayan valorado una actividad probatoria lesiva de otros derechos fundamentales o carente de garantías, o cuando no se motive el resultado de dicha valoración, o, finalmente, cuando por ilógico o insuficiente no sea razonable el *iter* discursivo que conduce de la prueba al hecho probado». En estos casos no existirá prueba de cargo válida o, más simplemente, no existirá prueba de cargo.

La evaluación de la «razonabilidad» del nexo entre la prueba y el hecho probado cobra una especial trascendencia en la denominada prueba de indicios, «que es la caracterizada por el hecho de que su objeto no es directamente el objeto final de la prueba, sino otro intermedio que permite llegar a éste a través de una regla de experiencia fundada en que usualmente la realización del hecho base comporta la de la consecuencia» (SSTC 189/1998, fundamento jurídico 3.º, y 220/1998, fundamento jurídico 4.º). En numerosas resoluciones el Tribunal Constitucional ha ido precisando los límites de lo constitucionalmente tolerable en la utilización de la prueba de indicios. Análoga preocupación a ésta, por cierto, es la que ha llevado al Tribunal Europeo de Derechos Humanos a alertar acerca de los límites de la utilización en el proceso penal de las presunciones legales de hecho y de Derecho. Para dicho Tribunal estos límites vendrían marcados por la razonabilidad, a la vista de los intereses en juego y del necesario respeto al derecho de defensa (Sentencias del T.E.D.H. de 7 de octubre de 1988, caso Salabiaku contra Francia, § 28, y 25 de septiembre de 1992, caso Pham Hoang contra Francia, § 33).

4. Respecto de la prueba de indicios, el Tribunal Constitucional ha afirmado que el engarce entre el hecho

base y el hecho consecuencia ha de ser «coherente, lógico y racional, entendida la racionalidad, por supuesto, no como mero mecanismo o automatismo, sino como comprensión razonable de la realidad normalmente vivida y apreciada conforme a los criterios colectivos vigentes» (STC 169/1986, fundamento jurídico 2.º). Con amplia cita de otras Sentencias (SSTC 174/1985, 175/1985, 169/1986, 229/1988, 107/1989, 384/1993 y 206/1994), resumíamos recientemente la consecuente doctrina jurisprudencial relativa a la prueba de indicios: «Este Tribunal tiene establecido que los criterios para distinguir entre pruebas indiciarias capaces de desvirtuar la presunción de inocencia y las simples sospechas se apoyan en que: a) la prueba indiciaria ha de partir de hechos plenamente probados; b) los hechos constitutivos de delito deben deducirse de esos indicios (hechos completamente probados) a través de un proceso mental razonado y acorde con reglas del criterio humano, explicitado en la Sentencia condenatoria» (STC 24/1997, fundamento jurídico 2.º). Si no se dan esas condiciones, los hechos aportados como indicios no podrán ser considerados indicios suficientes o, más simplemente, no podrán ser considerados indicios de la realización del hecho que se quiere probar.

Nuestra común apreciación de los acontecimientos y de las huellas que dejan en la realidad nos dice que la inferencia no es razonable si el indicio excluye el hecho que del mismo se hace derivar; si los indicios no excluyen el hecho, pero tampoco conducen a él, o si los indicios sólo conducen al hecho de un modo «no concluyente, por excesivamente abierto, débil o indeterminado» (SSTC 189/1998 fundamento jurídico 3.º, y 220/1998, fundamento jurídico 4.º). Se trata, expresado más genéricamente y en negativo, «del rechazo de la incoherencia y del capricho lógico, personal y subjetivo, como límite y tope de la admisibilidad de la presunción como prueba» (STC 169/1986, fundamento jurídico 2.º).

Así, nuestra jurisprudencia ha catalogado como inferencia no concluyente contraria al derecho a la presunción de inocencia la que une «la sola tenencia de instrumentos idóneos para ejecutar un delito de robo con su especial destino a tal ejecución» (STC 105/1988, fundamento jurídico 3.º); la que concluye la intervención de una persona en un hecho punible a partir únicamente de la apreciación de que tuvo la ocasión de cometerlo o de que estaba en posesión de medios aptos para su comisión o por simples sospechas o conjeturas (STC 283/1994, fundamento jurídico 2.º); la que une la sola posesión de unos pájaros con el robo de los mismos (STC 24/1997) o la sola titularidad de una embarcación utilizada para una conducta ilegal de pesca con la autoría de dicha conducta (STC 45/1997), o, finalmente, la que concluye la participación del acusado en una operación de tráfico de drogas a partir del único dato del acompañamiento al aeropuerto de quien iba allí a recoger la droga (STC 157/1998). Y no es concluyente porque entre los datos que sirven de punto de partida (estar en posesión de medios aptos para cometer el hecho punible, o de unos pájaros sustraídos o ser titular de la embarcación utilizada para la conducta ilegal, etc.) y el resultado probatorio obtenido ha de mediar una regla de experiencia que conecte a unos con otros según lo que generalmente ocurre: La falta de esa indispensable premisa determina que el razonamiento no concluya y, en consecuencia, que haya de apreciarse la inexistencia de prueba indiciaria.

Ciertamente, según hemos declarado en múltiples resoluciones y aquí reitero, nuestro control de la fundamentación de las inferencias efectuadas por los Tribunales ordinarios debe ser en extremo cauteloso pues «son los órganos judiciales los únicos que tienen un conocimiento preciso y completo, y adquirido con suficientes

garantías, del devenir y del contenido de la actividad probatoria; contenido que incluye factores derivados de la inmediación [...] difícilmente accesibles a este Tribunal» (STC 189/1998, fundamento jurídico 3.º). No corresponde al Tribunal Constitucional «la función de volver a valorar la prueba y de cotejar sus conclusiones con las alcanzadas por los órganos judiciales» (STC 220/1998, fundamento jurídico 3.º), ni la Constitución nos atribuye la tarea de valorar las pruebas en el proceso penal, no comprendida en las de amparo del derecho a la presunción de inocencia y sí confiada en exclusiva a los órganos del Poder Judicial (art. 117 C.E.), «ni el proceso constitucional permite el conocimiento preciso y completo de la actividad probatoria, ni prevé las garantías necesarias de publicidad, oralidad, inmediación y contradicción que deben rodear dicho conocimiento para la adecuada valoración de las pruebas» (STC 220/1998, fundamento jurídico 3.º). Precisamente por ello hemos afirmado que en este ámbito nuestra perspectiva de enjuiciamiento es «objetiva, limitada y externa» (STC 220/1998, fundamento jurídico 9.º).

Con todo, el hecho de que nuestra perspectiva de control sea limitada y externa no significa, como es obvio, que no posea un contenido específico enormemente trascendente. El Ordenamiento constitucional ha encomendado a este Tribunal la garantía constitucional de la incolumidad del derecho fundamental a la presunción de inocencia en los tres aspectos ya señalados: La supervisión de que la actividad probatoria se ha practicado con todas las garantías; la comprobación de que el órgano de enjuiciamiento ha exteriorizado las razones que le han conducido a constatar el relato de los hechos probados a partir de la actividad probatoria practicada; y el control de «la razonabilidad del discurso que une la actividad probatoria y el relato fáctico resultante [...] el razonamiento lógico seguido para llegar a él» (STC 220/1998, fundamento jurídico 3.º). Como queda dicho, el Tribunal Constitucional no puede valorar la prueba, pero sí debe verificar, cuando se recurre a la prueba indiciaria, que los hechos base de los que se parte estén plenamente probados y que el razonamiento que lleva de esos hechos a los constitutivos de delito no sean irrazonables en el sentido de que por ilógicos o excesivamente abiertos no prueben lo que con ellos se pretende probar. Esta es la tarea, limitada pero obviamente irrenunciable, que el Ordenamiento constitucional nos atribuye al objeto de contribuir a garantizar que en nuestro Estado de Derecho ninguna persona será condenada si no media prueba de cargo.

La protección de bienes tan relevantes como la vida, la integridad de las personas y del propio modelo de convivencia que la sociedad se ha dado, frente a comportamientos de peculiar agresividad y peligrosidad, como son los terroristas, puede legitimar la opción del legislador de recurrir a tipos penales de mera actividad como el aquí enjuiciado, pero la disminución de la certeza material de la lesividad de la conducta típica debe no rebajar el celo acerca de la prueba de que la conducta así descrita efectivamente se produjo y, sobre todo, acerca de la individualización de la participación de las personas inculadas.

5. Al aplicar nuestra doctrina al caso enjuiciado debe distinguirse en primer lugar un grupo de quejas que se refieren: a) A que la Mesa Nacional de H.B. acordó la difusión de la videocinta remitida por ETA; b) a que para ello encargó que se preparara un *spot* de corta duración y una cinta magnetofónica que resumieran la videocinta original, y c) a que dispuso que este material fuera enviado a diversos medios públicos de difusión para su emisión en el espacio electoral que correspondía a la coalición.

Sobre estos hechos existe abundante prueba directa e indiciaria, minuciosamente descrita y analizada por la Sentencia condenatoria. A partir de la propia existencia de las videocintas, de los documentos y las notas emanadas de la Mesa Nacional de H.B., de los Estatutos de la coalición y de las propias declaraciones de los hoy recurrentes, singularmente la del Sr. Araiz Flamarique, la Sala llega razonablemente a la conclusión que ahora se impugna, relativa a la imputación provisional de la colaboración con ETA a los miembros de la Mesa Nacional. Antes de arribar a tal punto, la Sentencia rebate, de nuevo razonable y motivadamente, la versión alternativa que suministraba la defensa, consistente en que la decisión de elaborar y remitir el material de propaganda electoral correspondía exclusivamente al responsable del Área de Comunicación de la coalición, que había fallecido antes del juicio oral.

Aunque la debilidad constitucional de estas quejas y la contundencia argumentativa al respecto de la Sentencia impugnada pudiera eximir de un mayor detenimiento en el análisis de las mismas, conviene aún insistir en que la Sala basa su razonada y razonable argumentación en los Estatutos de H.B. (arts. 3, 14 y 15), asociación política que, a diferencia de lo que sucede con otras formaciones, no cuenta con un secretario o coordinador general, sino que el órgano directivo de la formación, con las competencias, funciones y capacidad ejecutiva descritas en los referidos preceptos, es la Mesa Nacional. De otro lado, repara la Sala Segunda del Tribunal Supremo en los comunicados de la propia Mesa Nacional —16 y 20 de febrero de 1996— y en el de su Área de Comunicación —5 de febrero de 1996—, subsiguiente a la reunión de esa misma fecha de la Mesa Nacional, que acreditan tanto la asunción íntegra de la «Alternativa Democrática», como su decisión de difundirla con la máxima intensidad. La fuerza probatoria de tales indicios, plenamente demostrados, permite inferir, conforme a las reglas del entendimiento humano y de un modo suficientemente concluyente, que la cesión de los espacios electorales es imputable a la referida Mesa, sin que «ni siquiera alcance el carácter de coartada» (fundamento de Derecho 27) la pretensión, sostenida únicamente con apoyo en las declaraciones de los acusados, de que la responsabilidad de tal decisión correspondió en exclusiva al fallecido Sr. Sampedro, encargado por aquel entonces del Área de Comunicación de H.B. Consecuente con este planteamiento es la apreciación de la Sentencia impugnada de no considerar razonables ni verosímiles las afirmaciones de que el responsable del Área de Comunicación «dispuso, sin control alguno y sin que el aparato ejecutivo de la coalición necesitase conocer visualmente el contenido de las videocintas enviadas por ETA, la confección de cuñas electorales con base en dichas cintas y la cesión de unos espacios gratuitos en período electoral» (fundamento de Derecho 27).

6. La única cuestión con enjundia constitucional atinente al derecho a la presunción de inocencia se refiere, pues, a la individualización de la responsabilidad penal concurrente. Como afirma el Ministerio Fiscal en su informe, el que haya quedado convincentemente probado que la actividad delictiva partió de la Mesa Nacional de H.B. no comporta, evidentemente, que haya quedado probada la responsabilidad penal de cada uno de los condenados, responsabilidad penal que, conviene subrayarlo, es al fin y a la postre lo trascendente en un procedimiento penal. La abundancia de razones del primer trecho (el que lleva a la imputación del comportamiento al órgano) no excusa la necesidad constitucional de aportar razones en el segundo (el que lleva del órgano a la persona individual) *ex art. 24.2 C.E.*, ni compensa dicha ausencia de argumentación. Así, pues, abandonando ya

la perspectiva de análisis que parte de la actuación de la Mesa Nacional como órgano colegiado y descendiendo, porque así lo requiere el derecho a la presunción de inocencia, a la perspectiva individual de la conducta de cada uno de los demandantes de amparo, debe analizarse si se ha aportado prueba de cargo suficiente para condenarlos.

A tal efecto, lo primero que debe advertirse es que la Sala sentenciadora fundamenta la culpabilidad de los demandantes de amparo en el hecho de que cada uno de ellos estuvo presente en la reunión celebrada por la Mesa de H.B. el día 5 de febrero de 1996, en la que se adoptaron los acuerdos objeto de sanción; no recurre, pues, a otro tipo de argumentación para incriminar a los miembros del órgano colegiado, como pudiera ser, por ejemplo, la comisión por omisión. Por ello, dado que esta jurisdicción constitucional de amparo debe partir forzosamente de la argumentación contenida en la Sentencia impugnada, lo que debe determinarse es si en dicha Sentencia existen elementos probatorios suficientes de la asistencia de todos y cada uno de los demandantes de amparo a la referida reunión.

Pues bien, la lectura de la Sentencia impugnada revela que el paso de la atribución colectiva del hecho (de la atribución a la Mesa Nacional de H.B.) a la atribución individual (a todos y cada uno de los miembros de la Mesa) se realiza a través de la valoración conjunta de cuatro hechos que la Sala considera indicios suficientes para probar la presencia de los 23 demandantes de amparo en la reunión del día 5 de febrero, de la que por cierto no consta el lugar de celebración, a saber: La pertenencia de los recurrentes a la Mesa Nacional, el contenido del comunicado de 20 de febrero de 1996 de dicha Mesa Nacional, el contenido de las declaraciones de los recurrentes y, finalmente, la falta de respuesta a las preguntas de la acusación, que en realidad opera en la Sentencia a la vez como indicio y como contraindicio.

Así, destaca la Sala sentenciadora que ninguno de los acusados negó su presencia en la reunión de 5 de febrero de 1996 —donde se acordó la cesión de los espacios electorales para difundir la «Alternativa Democrática» remitida por ETA—, sino que se limitaron a decir que «faltaron cinco», sin especificar ni una sola vez en quiénes concurría la condición de ausente. Asimismo, pese a la afirmación del Sr. Araiz Flamarique de que se llevaba un libro de actas de las reuniones de la Mesa Nacional, no hubo la menor acreditación sobre la existencia de algún voto disidente, ni ninguna declaración que afirmase tal disidencia en referencia a persona concreta. Por último, la Sentencia repara en un documento de la Mesa Nacional elaborado y difundido cuando ya todos y cada uno de sus componentes conocían el inicio de las diligencias judiciales que dieron lugar a su condena, a saber: El comunicado de 20 de febrero de 1996, no impugnado, en el que la Mesa Nacional asume «de modo colectivo todas las consecuencias represivas, penales o policiales, que se deriven de la censura política adoptada por el Estado español. A tales efectos, la representación legal de nuestra formación política queda ostentada explícitamente por todos y cada uno de los miembros de esta Mesa Nacional como se explicita en documento adjunto».

Podemos avanzar ya que ninguno de estos hechos, ni en su valoración conjunta ni, por supuesto, individualmente considerado constituye indicio o indicio suficiente para probar la presencia de los demandantes de amparo en la referida reunión.

7. No requiere una argumentación prolija la constatación de que el hecho de ser miembro de un órgano colegiado no es indicio suficiente para probar la presencia en todas las reuniones que celebre dicho órgano.

Del primer dato no se sigue lógicamente el segundo o, si se prefiere, pretender inferir la presencia en las reuniones del mero hecho de ser miembro del colectivo resulta sin ninguna duda una inferencia a todas luces excesivamente abierta. Para negar la razonabilidad de dicha inferencia bastará recordar que la experiencia nos revela con nitidez la debilidad intrínseca de la misma. En efecto, en la compleja vida actual resulta más habitual que excepcional que a una reunión a la que estatutariamente deban acudir 25 personas, en la práctica falte alguna o algunas de ellas, y también resulta más habitual que excepcional que los Acuerdos que adopte un colectivo tan amplio sean por mayoría y no por unanimidad. En cualquier caso, lo relevante es que del hecho de ser miembro de un colectivo no cabe deducir lógicamente la participación en todas sus reuniones y el voto favorable a todos los acuerdos.

Inferir de la pertenencia a un órgano la participación en todas sus reuniones y decisiones y atribuir sin más individualizadamente a todos sus miembros la responsabilidad penal derivada de las decisiones adoptadas por el órgano, equivale, en rigor, a incriminar a los miembros de un colectivo por el mero hecho de serlo y, en última instancia, supone consagrar la responsabilidad penal de los colectivos, que la propia Sentencia recurrida se niega a admitir. En efecto, castigar a todos los que componen el grupo de personas del que ha partido la actividad delictiva, sin pruebas individualizadas de su participación efectiva, es tanto como castigar a alguien por algo que no ha hecho o por algo que no consta que ha hecho. En el ámbito penal, según una longeva tradición jurídica, no caben responsabilidades colectivas, ni tampoco, como veremos, inversiones de la carga de la prueba acerca de la asistencia a las reuniones o de la votación a favor de los Acuerdos contrarios a Derecho, como así sucede en otros ámbitos del Ordenamiento jurídico. El principio de culpabilidad en Derecho penal exige que la imposición a alguien de una pena venga precedida por una atribución personal objetiva y subjetiva del comportamiento legalmente catalogado como injusto. Desde una perspectiva procesal, de nada serviría la contundencia del principio de personalidad de las penas en relación con los delitos que surgen de un colectivo si sus garantías pudieran ser esquivadas haciendo de la pertenencia formal al colectivo un indicio por sí solo suficiente de la responsabilidad penal individual de cada miembro del mismo.

8. En cuanto al documento elaborado y difundido por la Mesa Nacional de H.B. en el que de modo colectivo asume «todas las consecuencias represivas, penales o policiales» derivadas de los acuerdos objeto de sanción, debe constatar, de entrada, que tampoco respecto de dicho documento constan debidamente individualizados los miembros de la Mesa que participaron en su elaboración y difusión. Por otra parte, la lectura de sus términos sugiere una interpretación de su contenido bien diferente de la confesión o reconocimiento de los hechos imputados, insistentemente negados por todos y cada uno de los acusados durante la instrucción y en la vista oral. Repárese en que el texto habla de «asumir» y no de reconocer; que se refiere a las «consecuencias penales» y no a los hechos que las motivan; que habla de una asunción «de modo colectivo» y no de un reconocimiento de un comportamiento individual; que subraya que la representación legal de todos y cada uno de los miembros de la Mesa Nacional se produce «a tales efectos» de asunción de las consecuencias penales.

Estamos, pues, en apariencia ante un modo de protesta o de reivindicación bien conocida en nuestras modernas sociedades de libertades, consistente en oponerse a la criminalización de ciertos comportamientos que se estiman legítimos a través de una «autoincul-

pación» que pretende solidarizarse con quien ha resultado imputado en un procedimiento penal. Se trata, en palabras de la propia Sentencia condenatoria impugnada relativas a ciertos testigos de la defensa, de un «puro ejercicio de acompañamiento político en favor de los acusados» (fundamento de Derecho 14).

Resulta obvio decir que tales comportamientos de apoyo al imputado no comportan en sí mismos responsabilidad penal alguna por el hecho investigado y reivindicado como lícito. Incluso la confesión de la comisión de un delito —que aquí no se da— sin el soporte objetivo de tal comisión no genera responsabilidad penal por tal delito. Se ha de insistir en que la responsabilidad penal surge por la realización personal de un hecho catalogado como lesivo, pero no, en absoluto, salvo que tal comportamiento se tipifique como una modalidad de apología, por la aprobación de tal comportamiento delictivo o por el apoyo anímico a su autor tras su realización.

Al margen de la obviedad de que la asunción solidaria de responsabilidades no genera responsabilidad penal por el delito autoatribuido, lo que aquí importa es la falta de relación que existe entre la asunción de responsabilidad solidaria y la efectiva comisión del delito investigado. Si del texto del documento en concreto no se desprende una autoinculpación real, tampoco procede establecer la misma a partir del mero hecho de que se produjera la asunción formal de las consecuencias del delito. Como sucedió probadamente en la causa que origina este recurso de amparo en relación con varios testigos de la defensa, es habitual que el presupuesto de la asunción de responsabilidades sea la ajenezidad de quien así procede respecto al hecho investigado. Este modo de protesta contra la ley o contra un modo de aplicación de la ley consiste en su esencia y en su práctica habitual no en el reconocimiento del comportamiento delictivo realizado, no en la transgresión de la ley para asumir después dicha conducta, sino en una manera de expresar la disconformidad con la norma o con su aplicación con ocasión del encausamiento de otro.

9. El tercer hecho que utiliza el Tribunal Supremo para declarar la responsabilidad individual a partir de la decisión delictiva del órgano consiste en que todos los acusados afirmaron que a la reunión del mismo faltaron cinco de sus miembros: «de la respuesta lineal y uniforme (“faltaron cinco”) manifestada por todos los inculcados, puede deducirse que todos los que la han utilizado estaban presentes en la reunión de la Mesa Nacional de H.B. del día 5 de febrero de 1996, pues si no fuera así alguno hubiera dicho “faltamos cinco” para evidenciar que entre los ausentes estaba el declarante».

El contexto en el que se produjeron estas respuestas y la finalidad de las mismas aparecen previamente descritos por la Sentencia: «La lectura de las declaraciones literales de los acusados, en la parte que se refiere a su propia conducta y la de sus compañeros de la Mesa Nacional de H.B. en relación con la acción enjuiciada, permite detectar un altísimo grado de incredibilidad. En el desarrollo de un estandarizado e isocrono interrogatorio, común a todos ellos, las contestaciones a determinados extremos fácticos —como son los relativos al número de asistentes a la reunión de 5 de febrero de la Mesa Nacional de H.B. o al carácter unánime o mayoritario del Acuerdo allí adoptado—, no pasan de ser sino respuestas lineales de concisa unanimidad monosilábica, ausentes de todo matiz explicativo o modulación diferencial —lo que pone de relieve que responden a una legítima estrategia defensiva previamente diseñada—. Incluso cabe apreciar que algunas de las expresiones utilizadas por los acusados, pese a su contenido genérico, se acomodan al tiempo, número y modo de los verbos sugerentemente empleados por los encargados

de los interrogatorios. Tal sospechosa coincidencia ofrece visos de nula verosimilitud a cualquier espectador objetivo por poco perspicaz que sea, aunque, en ejercicio del derecho de defensa, sea perfectamente asumible» (fundamento de Derecho 27).

Del contenido de las declaraciones que la propia Sentencia transcribe parcialmente y de la propia valoración de la misma por parte del órgano que las escuchó y que las valoró se deduce claramente que dichas declaraciones respondían a un pacto de todos los acusados en seguimiento de una cierta estrategia defensiva. Parece claro, a tenor de lo que nos transmite la Sala sentenciadora, que la finalidad de los testimonios era evitar la autoincriminación o la incriminación de sus compañeros, para lo cual era preciso que las respuestas eludieran la determinación de si asistieron todos a la reunión, de quiénes asistieron si es que no lo hicieron todos, de si tomaron la decisión calificada después de colaboración con organización terrorista por unanimidad o por mayoría, y de quiénes votaron a favor de la misma si es que no hubo unanimidad. Para conseguir este objetivo adoptaron una respuesta común, posiblemente arbitraria, destinada a soslayar cualquier especificación de los asistentes a la reunión y del sentido de los votos de los mismos. Una respuesta que, como sugiere el propio Tribunal Supremo, vale tan poco como el silencio.

De ahí que con estas premisas, que son las de la propia Sala sentenciadora, resulte imposible extraer concretas consecuencias del específico contenido de tan banales declaraciones, «de altísimo grado de incredibilidad». Tan caprichoso como el número parece la elección de la persona del verbo; tan poco convincente parece extraer la consecuencia de un quórum pleno del «faltaron», como absurdo sería extraer una imposible ausencia total de miembros del «faltamos», expresión que hubiera sido también adecuada para los fines de defensa perseguidos; tan creíble o poco creíble es la veracidad del empleo del verbo («faltaron»), afirmada en la Sentencia recurrida, como la del número de ausentes («cinco»), negada por la misma. En definitiva, tampoco estas declaraciones pueden calificarse como indicio de que cada uno de los demandantes de amparo estuvo presente en la reunión del día 5 de febrero de 1996.

10. Por fin, la Sentencia recurrida en amparo atribuye también al silencio de los acusados el valor de indicio de su participación en los hechos incriminados. Su falta de descargo en relación con su presencia en la reunión y con su personal adopción de la decisión delictiva probarían esa participación. La evaluación de tal valoración requiere una reflexión previa sobre el valor probatorio de cargo del silencio de los acusados.

Como destacábamos en la STC 161/1997, los derechos a no declarar contra uno mismo y a no confesarse culpable son tanto una manifestación del derecho de defensa, en su vertiente pasiva (STC 197/1995, fundamento jurídico 6.º), como una concreción del derecho a la presunción de inocencia. Este último derecho reclama que la carga de la prueba corresponda a la acusación. Consecuencias de ello son, de un lado, que no pueda obligarse al acusado a aportar elementos de prueba contra sí mismo, y, de otro, que, en coherencia con lo anterior, no pueda entenderse su silencio o la falta de contenido de descargo de sus manifestaciones como prueba de su culpabilidad. La falta de prueba de descargo no puede hacerse equivaler a una prueba de cargo.

De la doctrina anterior no se infiere que el órgano de enjuiciamiento no pueda tener en cuenta la falta de descargo del acusado o la futilidad del descargo intentado. Como subraya el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la Sentencia que resolvió la demanda de John Murray contra el Reino Unido, no cabe afirmar que la decisión de un acusado de permanecer en silencio

en el proceso penal no pueda tener implicación alguna en la valoración de las pruebas por parte del Tribunal que le juzga (Sentencia del T.E.D.H. de 8 de febrero de 1996, § 47). Bien al contrario, se puede decir que dicha decisión, o la inconsistencia de la versión de los hechos que aporta el acusado, habrán de ser siempre tenidas en cuenta por el órgano judicial. Desde un punto de vista lógico, en primer lugar, porque la determinación de los hechos investigados a través de los rastros que han dejado en la realidad o en la percepción de las personas no es sino la selección de una opción entre otras que a priori se presentaban como posibles. El asumir un relato de hechos comporta el rechazo de los relatos alternativos. Desde el punto de vista de los derechos de defensa y de tutela del acusado, en segundo lugar, la valoración de su versión de lo acaecido y la explicación de su rechazo de otras alternativas se presentan normalmente como una demanda ineludible para el órgano judicial.

Debe distinguirse, pues, entre la lícita y necesaria valoración del silencio o de la versión del acusado como corroboración de lo que ya está probado, y la ilícita utilización de tal silencio o de la falta de credibilidad de tal versión como elemento de prueba que contribuye a dotar de suficiencia al acervo probatorio. A la primera situación es a la que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se refiere como una situación que reclama claramente una explicación del acusado en virtud de las pruebas de cargo aportadas, de modo que el sentido común dicte que su ausencia equivale a que no hay explicación posible y a que, en consecuencia, el acusado es culpable (Sentencia del T.E.D.H. de 8 de febrero de 1996, caso Murray contra Reino Unido, § 47 y 51). La segunda situación supone una vulneración de los derechos a no declarar contra uno mismo, a no declararse culpable y a la presunción de inocencia. El silencio del acusado no puede completar una prueba inexistente o insuficiente sin que ello vulnere la presunción de inocencia, por la sencilla razón de que el derecho a la presunción de inocencia comporta, en primer término, que el hecho delictivo ha de probarlo la acusación. Como afirmaba la STC 229/1988, «la versión de los hechos ofrecida por el inculcado constituye un dato que el Juzgador debe tener en cuenta, pero ni aquél tiene por qué demostrar su inocencia ni el hecho de que su versión de lo ocurrido no sea convincente o resulte contradicha por la prueba debe servir para considerarlo culpable» (fundamento jurídico 2.º). O, en palabras de la STC 24/1997, «ciertamente el acusado no tiene que demostrar su inocencia, e incluso el hecho de que su versión de lo ocurrido no sea convincente o resulte contradicha por la prueba no debe servir para considerarlo culpable. Pero su versión constituye un dato que el juzgador deberá aceptar o rechazar razonadamente» (fundamento jurídico 3.º).

11. Como resulta natural en dos jurisdicciones de amparo, ordinaria y constitucional, las reflexiones anteriores son compartidas por la Sala sentenciadora. Significativo es al respecto el siguiente fragmento del fundamento de Derecho 16: «En nuestro sistema penal, los acusados no tienen obligación de declarar ni de autoincriminarse. Tal postulado —consagrado en el art. 24.2 C.E. como corolario de la presunción de inocencia (STC 161/1997, fundamento jurídico 6.º) significa que aquéllos pueden guardar silencio e, incluso, no decir la verdad al prestar declaración. Mas cuando existen otras evidencias objetivas contra ellos, el legítimo ejercicio de tales derechos, omitiendo dar explicaciones convincentes acerca de su comportamiento frente a tales evidencias, no deben impedir que tal silencio, en situaciones que claramente piden una explicación por su parte, sea tenido en cuenta al evaluar la persuasión de la evidencia

aducida por la acusación [en tal sentido Sentencia del T.E.D.H. de 8 de febrero de 1997 (caso Murray c. Reino Unido, § 46 y 47), y Sentencia de esta Sala de 21 de junio de 1985]».

Si la Sala sentenciadora llega posteriormente a la convicción de que el silencio de los acusados, su falta de un convincente descargo, corrobora su culpabilidad, es porque previamente había llegado a tal conclusión inculpatoria con los elementos ya analizados. Sin embargo, la debilidad de tal conclusión impide que haya objeto de corroboración. La situación es, pues, completamente diferente en su estructura jurídica a la que llevó al Tribunal Europeo de Derechos Humanos a avalar la evaluación del silencio realizada por el Tribunal que condenó a John Murray. Allí el acervo probatorio que condujo a la afirmación de su cooperación en un secuestro era abrumador («*formidable*», «*écrasante*», en los términos de la versión inglesa y francesa de la Sentencia): El acusado fue visto en la casa en la que la víctima permanecía secuestrada tanto por ésta —a la que el acusado había dado instrucciones ante la llegada inminente de la policía— como por un policía; por otra parte, cuando le daba dichas instrucciones estaba extrayendo una cinta de un magnetófono y se encontró en el registro de la casa la cinta enmarañada en la que se había grabado una declaración del secuestrado reconociendo que era confidente. En este caso sí existían, pues, elementos probatorios de cargo que el silencio podía contribuir a corroborar.

En cambio, en el supuesto aquí enjuiciado ex art. 24.2 C.E. no se dan el cúmulo de evidencias contra los acusados que desde el sentido común permite calificar un silencio como una ratificación de una culpabilidad. Como, por lo demás, por lo ya razonado, la falta de un descargo convincente no puede suplir la insuficiencia de la prueba de cargo, so pena de quebrar la vigencia de los elementales derechos procesales a no declarar contra uno mismo, a no confesarse culpable y a la presunción de inocencia (art. 24.2 C.E.), debe ratificarse la conclusión anterior relativa a la inexistencia de base probatoria del relato de hechos probados en lo que concierne a la participación individual de los recurrentes en la adopción de la decisión de colaborar con ETA.

12. En definitiva, recapitulando los eslabones esenciales de la argumentación de la Sentencia objeto de este proceso constitucional debe llegarse a la conclusión de que no sólo no existe prueba directa alguna —tales como el acta de la reunión o el testimonio de personas ajenas a la misma— sobre la presencia de cada uno de los acusados en la reunión de 5 de febrero de 1996 y, menos todavía, acerca del sentido de su voto, sino que ninguno de los elementos probatorios utilizados por la Sala sentenciadora puede en puridad ser tenido como indicio de esa presencia —y de ese voto—. Por ello, al faltar una prueba directa o indiciaria del hecho que se quiere probar tampoco puede pretenderse construir esta base probatoria de la valoración conjunta de los hechos aducidos. La simple suma de hechos a los que no puede en modo alguno reconocerse el valor de indicio de la realización del acto que se pretende probar no puede transmutar su naturaleza hasta convertirlos en algo distinto, en este caso en prueba indiciaria. La valoración conjunta puede servir para completar el valor probatorio de hechos que cuando menos parcialmente, aunque sea en una mínima parte o *in nuce*, ya lo poseen, pero no puede ser utilizada para sanar la radical falta de valor probatorio cuando esta tacha puede predicarse de todos y cada uno de los hechos que pretenden valorarse conjuntamente. La valoración conjunta de la prueba requiere, como es obvio, la existencia previa de datos que merezcan la calificación de prueba.

Aunque en este caso el juzgador tuviera la convicción de que todos asistieron a la reunión y todos votaron a favor del Acuerdo, dicha convicción no basta para condenar, ya que para ello hace falta que existan pruebas que la sustenten y que dichas pruebas se expresen en la Sentencia.

De todo lo dicho se desprende que, aun con los límites propios de nuestra valoración no existe prueba de cargo, ni directa ni indirecta, respecto de la participación de los recurrentes en los hechos objeto de sanción o, dicho de otro modo, que la inferencia descrita en la Sentencia recurrida es, sin duda, abierta en exceso, y por ello nada puede probar ya que admite con facilidad y con naturalidad conclusiones alternativas, y no permite por ello considerar como razonablemente probado a efectos penales el relato de hechos probados adoptado.

Del mismo modo que declaramos, en las Sentencias antes citadas, que la titularidad de una embarcación no es indicio suficiente para constatar la autoría de un delito de pesca ilegal submarina realizada junto a ese barco (STC 45/1997), o que el mero acompañamiento a quien se dirige al aeropuerto a recoger un envío de droga no es indicio suficiente para constatar la participación en el delito de tráfico de drogas (STC 157/1998), deberíamos haber declarado ahora que la sola pertenencia al órgano que adoptó la decisión delictiva, la asunción posterior de las consecuencias penales de la misma, las ambiguas declaraciones y los silencios de los recurrentes, no constituyen ni individualmente ni en su conjunto indicios suficientes para afirmar la colaboración individual de cada uno de los acusados con la organización terrorista. Lo dicho debía conducir, a mi juicio, al otorgamiento del amparo solicitado bajo la invocación del derecho a la presunción de inocencia.

Madrid a veintidós de julio de mil novecientos noventa y nueve.—Carles Viver Pi-Sunyer.—Julio Diego González Campos.—Tomás S. Vives Antón.—María Emilia Casas Baamonde.—Firmado y rubricado.

*Voto particular que formula don Rafael de Mendizábal Allende, Magistrado del Tribunal Constitucional, respecto de la Sentencia que pone fin al recurso de amparo 5.459/99 abogado por el Pleno*

Como he dicho alguna vez en el seno del Tribunal, me hubiera gustado que nuestras deliberaciones fueran públicas e incluso radiadas y televisadas no sólo para que el pueblo español contemplara el rigor con que se debaten los asuntos a nuestro cargo, sino también para evitar simplificaciones y, por tanto, tergiversaciones siempre arriesgadas a la hora de contar cuanto se habla entre nosotros. Ya que lo son a puerta cerrada o inadvertidamente entornada, al menos, me complace esta oportunidad que la Ley me brinda de hacer pública mi opinión en este caso, para una mayor transparencia institucional y biográfica. No me agrada verme obligado a discrepar de colegas tan cualificados, ni menos aun tener que dirigir a esta opinión mayoritaria, convertida en Sentencia, reproches muy severos que a veces pueden parecer duros y otras serlo, sin hacerlos extensivos nunca, dicho sea de paso, a las personas. Aquí y ahora me moveré en el terreno de los conceptos y no de los hombres, aunque yo prefiera habitualmente la situación inversa. Por otra parte, escasa atención ha de merecer por su inocuidad el parecer aislado de uno de los doce magistrados. Lo que importa ahora para la vida es la Sentencia «que manda y hace Derecho» en palabras de Las Partidas. Esto que escribo no es sino un soliloquio testimonial.

Dicho lo cual, he de advertir que no quiero ser farragoso sino claro y por tanto breve. Esta mi opinión disidente no va dirigida (sólo) a los juristas o jurisperitos sino a la gente, lega en Derecho pero con buen sentido,

el sano sentido común, que también hace muchas veces buen Derecho y por ello administraré con cicatería las citas jurisprudenciales para hacer asequibles las «ideas fuerza» a cualquier ciudadano que se tome el trabajo de leerme. Por otra parte, voy a desbrozar el camino de toda digresión extrajurídica, aunque en algún aspecto pueda formar parte de la «tercera premisa» a la que se refería Félix Frankfurter, un gran Magistrado del Tribunal Supremo de los Estados Unidos. Ni entro ni salgo aquí y ahora en la oportunidad «política» o el oportunismo, la incidencia positiva, o no, en el acontecer de cada día, ni en eventuales crisis institucionales. Me importa en este momento, y mucho, como hombre que viste la toga de Juez desde hace medio siglo y como Magistrado hoy del Tribunal Constitucional que lo fue otrora del Supremo durante veinticinco años, ahondar hasta la enjundia jurídica en su dimensión más trascendente, la constitucional. Desde tal perspectiva me duele haber llegado a la convicción de que la Sentencia de la cual disiento es un claro error jurídico.

Antes de seguir no quiero ocultar que su solución última, sin compartirla, como refleja este voto particular discrepante que estoy escribiendo ahora, no me preocupa tanto como me preocuparan otras. En efecto, aquí, en el enjuiciamiento de la constitucionalidad del Código Penal, el Tribunal Constitucional se mueve en su propio terreno sin invadir los ajenos ni usurpar atribuciones que la Constitución no le confía, como hubiera ocurrido en las hipótesis, barajadas por la prensa y aireadas en la radio o la televisión, por ser motivos conocidos para fundar los recursos de amparo, que se hubiera enmendado la plana al Tribunal Supremo en sus funciones privativas de interpretar la ley o de valorar la prueba sin detectar —porque no la hay— sombra alguna de error patente, arbitrariedad o argumentación no razonable. Me complace que en nuestra Sentencia se reconozca paladinamente que la del Tribunal Supremo no se ha salido ni un ápice del ámbito donde constitucionalmente ha de ejercerse la potestad de juzgar, aplicando como no podía hacer otra cosa una ley, la pertinente al caso, el art. 174 bis b) del Código Penal que ahora sin embargo —según la mayoría de mis colegas— contradice la Constitución en uno de sus aspectos.

1. Pues bien, dos advertencias conviene poner en el umbral del razonamiento. Una, que el principio de proporcionalidad no figura por su nombre en la Constitución. Dos, que es ésta la primera vez que el Tribunal Constitucional declara la inconstitucionalidad de un precepto penal por considerar desproporcionada la sanción prevista, juicio de proporcionalidad que había siempre rehusado a pesar de habérselo propuesto muchas veces y algunas con una desmesura más ostensible, como luego se verá. La técnica, por otra parte, que utiliza la Sentencia no es convincente y carece de rigor como tal análisis jurisprudencial. Así, de unas cuantas Sentencias anteriores que se negaron a juzgar la desproporción de las penas, lo repito (no «precedentes» por tanto) se espigan los *obiter dicta*, las generalizaciones o reflexiones a mayor abundamiento, ocurrencias en la terminología orteguiana, que no se utilizaron como *ratio decidendi*, para construir con ellas una sedicente «doctrina» que sirva de respaldo a una decisión nueva de un caso nuevo, olvidando que en la disección de la jurisprudencia caso a caso hay que atender tan sólo al supuesto de hecho y a la decisión judicial, cuya relación de causalidad es su fundamento y no otro. Veamos, pues, cuáles han sido las respuestas de este Tribunal Constitucional a lo largo de sus casi veinte años de existencia, todas ellas pronunciadas en otras tantas cuestiones de inconstitucionalidad, al hilo del caso concreto.

Una primera STC 53/1994 no reputó desmesurado que para tres vecinos de los partidos judiciales de Burgo de Osma y La Palma del Condado se pidieran más de

dos años por pescar cangrejos en tiempo de veda. Era, eso sí, la cuarta infracción que cometían de la Ley de Pesca Fluvial (20 de febrero de 1942, art. 60) donde se criminaliza tal reincidencia, imponiéndole la pena de presidio, luego prisión menor, o sea, entre seis meses y un día y seis años con la inhabilitación para obtener licencia de uno a cinco años. Pero hay más. Otra, la STC 55/1996, dio por buena las penas de prisión menor en sus grados medio o máximo (desde dos años, cuatro meses y un día a seis años) junto a la inhabilitación absoluta, previstas para castigar la negativa a cumplir la prestación social sustitutoria por un objeto de conciencia (L.O. 8/1984, art. 2). Una tercera, la STC 160/1997, no vio tampoco desmesura alguna en la pena de prisión entre seis meses y un año señalada para el hecho de negarse a realizar la prueba de impregnación alcohólica, por equivalencia de esta actitud con la desobediencia grave a la autoridad, con la circunstancia añadida de que el delito «principal», conducir en estado de intoxicación etílica, estaba sancionado con menos severidad (arts. 379, 380 y 556 C.P.; L.O. 10/1995), Sentencia ésta a la que dos de los Magistrados formulamos voto particular por razones que no hacen al caso. En definitiva, estos tres precedentes son negativos y coinciden en no entrar al capote, dejando al legislador una libertad de opción y un margen para actuar cuyo único límite sería la arbitrariedad. Se me dirá que siempre hay una primera vez y es fácil contestar que no parece ésta la más indicada desde cualquiera de las perspectivas —exclusivamente constitucionales— del caso. La libertad que se le ha respetado al legislador para luchar contra esas modalidades de la delincuencia con menor peligro social y ninguno individual se le niega aquí y ahora para afrontar dentro de la ley, y nunca fuera de ella, el fenómeno del terrorismo. No deja de ser sorprendente por paradójico.

La *ratio decidendi* de estas tres negativas a utilizar el principio de proporcionalidad, no explícito en la Constitución, para enjuiciar el ejercicio de la potestad legislativa no se transcribe íntegramente en la Sentencia de la cual muestro mi discrepancia aquí, aun cuando se citen fragmentos y en cambio se apoye, como antes dije, con razonamientos en tiempos condicionales o subjuntivos, también troceados, para el hipotético caso-límite de que en alguna ocasión pudiera hacerse otra cosa, en suma como válvula de seguridad para un «por si acaso». El párrafo en cuestión, que no tiene desperdicio, dice así:

«Cualquier tacha de desproporción en esta sede y, en general, en un juicio de inconstitucionalidad “debe partir inexcusablemente del recuerdo de la potestad exclusiva del legislador para configurar los bienes penalmente protegidos, los comportamientos penalmente reprobables, el tipo y la cuantía de las sanciones penales y la proporción entre las conductas que pretende evitar y las penas con las que intenta conseguirlo”. En el ejercicio de dicha potestad “el legislador goza, dentro de los límites establecidos en la Constitución, de un amplio margen de libertad que deriva de su posición constitucional y, en última instancia, de su específica legitimidad democrática [...]. De ahí que, en concreto, la relación de proporción que deba guardar un comportamiento penalmente típico con la sanción que se le asigna será el fruto de un complejo juicio de oportunidad” que no supone una mera ejecución o aplicación de la Constitución, y para el que “ha de atender no sólo al fin esencial y directo de protección al que responde la norma, sino también a otros fines legítimos que puede perseguir con la pena y a las diversas formas en que la misma opera y que podrían catalogarse como sus funciones o fines inmediatos a las diversas formas en

que la conminación abstracta de la pena y su aplicación influyen en el comportamiento de los destinatarios de la norma —intimidación, eliminación de la venganza privada, consolidación de las convicciones éticas generales, refuerzo del sentimiento de fidelidad al ordenamiento, resocialización, etc.— y que se clasifican doctrinalmente bajo las denominaciones de prevención general y de prevención especial. Estos efectos de la pena dependen a su vez de factores tales como la gravedad del comportamiento que se pretende disuadir, las posibilidades fácticas de su detección y sanción y las percepciones sociales relativas a la adecuación entre delito y pena”.

No son palabras mías, sino de la STC 161/1997, que hace suya otra anterior, la STC 55/1996, ambas invocadas en el texto de la actual, que en cambio recoge otras consideraciones marginales, aun cuando omita precisamente este párrafo decisivo. Bastaría con tan prudentes reflexiones para vaciar de fundamento el fallo del cual disiento. Lo que este Tribunal ha dicho, no lo que se le quiere hacer decir, es en síntesis que la política criminal corresponde al Gobierno, y a las Cortes Generales su formulación legislativa, sin que el Tribunal Constitucional tenga otra función que la suya propia, no legislar sino hacer valer la interdicción constitucional de la arbitrariedad en el ejercicio de cualquiera de los poderes públicos (art. 9 C.E.), si se produjera, que no es tal el caso. Nada tiene de extraño entonces que, con esos antecedentes jurisprudenciales, tres respuestas contestes del máximo intérprete de la Constitución, la Sala Segunda del Tribunal Supremo rehusara plantear cuestión de inconstitucionalidad sobre este delito, como le fue propuesto lúcidamente por uno de los Abogados defensores en el ejercicio de su noble función de patrocinio para hacer efectivo el derecho constitucional a la defensa.

2. Un análisis riguroso de la norma que contiene el art. 174 bis, del Código Penal vigente a la sazón (Texto Refundido de 1973) no ofrece la menor sombra de inconstitucionalidad ni en la descripción estereotipada del delito —tipo— ni en extensión de la pena, si se lee sin anteojeras o «quevedos». Allí se pone fuera de la Ley cualquier colaboración con actividades terroristas, cualquiera que sea su modalidad. No hay incertidumbre alguna en abstracto, aun cuando en el terreno de lo concreto puedan suscitarse las mismas dudas interpretativas —no más, no menos— que cuando se trata de subsumir conductas en cualquier otra figura delictiva. Por otra parte, en este tramo del razonamiento jurídico conviene andar de puntillas porque se corre el riesgo de, inadvertidamente, sentarse en el estrado judicial y sustituir al juez en su función de hallar el significado y acotar el alcance de las leyes en general y de las penales en este caso, tentación que a veces asoma en la Sentencia.

La pena, por otra parte, guarda una razonable proporción con el delito así configurado en abstracto. El Gobierno y las Cortes Generales de nuestro Estado de Derecho no se han desmadrado. Si en algún caso concreto no resultara así, como ocurre con más frecuencia de lo que pueda creerse en cualquier otro ámbito del Código, éste provee la solución desde antiguo. El art. 2 del vigente a la sazón y el 4, 3 del que hoy rige, dicen de consuno que «cuando de la rigurosa aplicación de las disposiciones de la Ley resultara penada una acción u omisión» con una pena que «fuere notablemente excesiva» a juicio del Tribunal, «acudirá al Gobierno exponiendo lo conveniente, sin perjuicio de ejecutar desde luego la Sentencia», facultad por cierto dejada al prudente arbitrio del juzgador. En una descomposición factorial, paralela de la que practica nuestra Sentencia, pue-

de comprobarse la existencia de un equilibrio sensato de los elementos que integran el tipo y la sanción. Veámoslo rápida pero no apresuradamente ni menos superficialmente.

Los bienes jurídicos protegidos por el delito de colaboración con banda armada componen una constelación de derechos fundamentales de los individuos y de valores sociales de carácter primario que inciden sobre la propia existencia de cada ciudadano, uno a uno, y del propio Estado. La misma Constitución fue, en su día, «consciente de la existencia como problema actual del terrorismo y del peligro que el mismo implica para la vida y la integridad de las personas y para el propio orden democrático» como recuerdan las SSTC 199/1987 y 71/1994. Pero no sólo hay un riesgo latente. La realidad muestra que están en juego y son agredidos no sólo los derechos y valores ya mencionados sino también la libertad de muchas personas, a veces por periodos insólitos, el patrimonio de otras, la participación de todos en los asuntos públicos directamente o por medio de representantes libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal, la seguridad ciudadana, la paz social y el normal funcionamiento de las instituciones en un sistema democrático. No parece que tal enumeración pueda ser tachada de caprichosa. Ya es significativo por sí mismo que sea éste el único delito aludido por la Constitución con su nombre en dos ocasiones, una para quitarle la careta del delito político (art. 13.2 C.E.), siguiendo —a sabiendas o no— el pensamiento de Luis Jiménez de Asúa en cuya opinión, aquél era la corrupción de éste y, por consecuencia, para legitimar la adopción de medidas tan excepcionales como la suspensión de garantías (art. 55.2 C.E.).

La conducta que la Sentencia del Tribunal Supremo consideró reprochable a la luz de esta norma penal, acogiéndose a su cláusula genérica y residual, era tan grave como las individualizadas inmediatamente antes de ella, o más. En definitiva, a través de un mensaje ominoso se provocaba el riesgo de falsear el proceso electoral, deformando la intención de voto bajo el signo del miedo, con la intimidación que lleva consigo la liturgia de los pasamontañas y de las pistolas. Ello apunta directamente y a bocajarro al corazón del sistema democrático, cuya esencia son las elecciones libres. «El voto es la expresión genuina e insustituible de la soberanía nacional» dijo ya ha tiempo el propio Tribunal Supremo (Sala Especial de Revisión en lo Contencioso-Administrativo, Sentencia del T.S. de 20 de diciembre de 1990). No parece que la pena de prisión mayor (seis años y un día a doce años) prevista en el Código para la cooperación con la violencia sea desorbitada y menos cuando tal pena tipo, como todas, puede ser modulada, para menos, a través de las circunstancias modificativas de la responsabilidad, atenuantes, con posibilidad de crear las necesarias a cada ocasión por analogía, habiéndose utilizado en el caso concreto, con toda prudencia y ecuanimidad, el grado mínimo.

La Sentencia, con base en una concepción errónea del pluralismo político, mal y unilateralmente entendido, parece primar el derecho de la asociación a participar en las elecciones, como fundamental que es, pero en cambio no pone en el otro platillo —descompensando la balanza— ese mismo derecho visto desde la perspectiva de los ciudadanos, el derecho a participar en ellas en un ambiente de libertad con «la tranquilidad de espíritu que nace de la opinión que tiene cada uno de su seguridad», soporte de aquélla, en definición insuperable de Montesquieu. En una necesaria ponderación de esas dos modalidades de la participación política que no se hace, los sufragios activo y pasivo, ha de vencerse en favor de los electores y no de los elegibles. Otra actitud, parafraseando a Alexander Hamilton, sería tanto como poner al pueblo español, soberano, por debajo de sus representantes.

Por otra parte, la Sentencia lanza un reproche al precepto penal que a mí me parece, si lo he comprendido bien, su mayor elogio. Habla del «efecto disuasorio» y del «potencial desalentador». Si así fuere, mejor que mejor. Si esta norma desanima a eventuales coautores, cómplices o encubridores de actividades terroristas, habrá conseguido su función de «prevención general» propia de toda pena. Si, en cambio, se pretende decir que disuade o desalienta de incurrir en estas aventuras a cualesquiera otros ciudadanos o partidos políticos, paladines y arquitectos del sistema democrático, que jamás han predicado la violencia y siempre la han condenado, actuando constantemente con absoluta lealtad constitucional, lo rechazo.

Pero es que, en fin, ni siquiera desde la misma perspectiva que maneja la Sentencia se da en la pena prevista una distonía «patente, excesiva o irrazonable entre la sanción y la finalidad de la norma» como dicen a mayor abundamiento y no como *ratio* las SSTC 55/1996 y 161/1997. A uno de los delitos más graves para la convivencia, donde hablar de colaboración de «alta» y «baja intensidad», en ese raro lenguaje electromagnético, es puro voluntarismo dialéctico (toda cooperación con banda armada es intrínsecamente grave) se le impone una pena severa pero matizable para conseguir no sólo el castigo de quien lo hace sino el desestimamiento anticipado de quienes pensarán hacerlo. Esa interdependencia con tal objetivo constitucionalmente deseable se llama, precisamente, proporcionalidad.

En definitiva, por todas estas razones que expongo y las que expondrán mejor quienes discrepan como yo de la Sentencia, su parte dispositiva hubiera debido contener un sólo pronunciamiento, desestimatorio, sin más, del amparo.

Madrid, a veintiséis de julio de mil novecientos noventa y nueve.—Firmado.—Rafael de Mendizábal Allende.—Rubricado.

*Voto particular que formula el Magistrado don Manuel Jiménez de Parga y Cabrera a la Sentencia recaída en el recurso de amparo núm. 5.459/97*

Mi discrepancia con esta Sentencia es radical, en el sentido de afectar a la raíz o *ratio decidendi* de la resolución que el Pleno adopta, dicho esto y cuanto expongo a continuación con el debido respeto. A fin de que mi posición quede clara he de empezar recordando lo que defendí en mi Ponencia, entre el día 13 de abril y el 27 de mayo de 1999, en la que propuse la desestimación del recurso de amparo.

Mi razonamiento se compone de argumentos relacionados entre sí, en los que se daba respuesta a todas las quejas de los recurrentes, incluso a la supuesta violación del derecho a la presunción de inocencia (que la Sentencia de la mayoría, apreciada la conculcación de otro derecho fundamental, no ha considerado necesario afrontar y resolver). La primera parte de este Voto, en consecuencia, reproduce lo que fueron los fundamentos jurídicos de mi Ponencia, ahora convertidos en apartados numerados de mi razonamiento. A continuación, me referiré a los motivos que me llevan a no aceptar la tesis principal de la Sentencia, relativa a la infracción del principio de legalidad penal (art. 25.1 C.E.).

A) Mi discrepancia previa, según expuse en mi Ponencia.

I. Orden de examen de los motivos de la demanda.

1. A lo largo de los once motivos reseñados en los antecedentes, la demanda suscita diversas cuestiones relativas tanto a derechos de contenido sustantivo como a garantías procesales que reconoce el art. 24 de la

Constitución. De acuerdo con la pauta habitualmente seguida por este Tribunal, examinaremos, en primer lugar, las quejas denunciadas de la imparcialidad judicial, de las garantías del procedimiento recusatorio y del derecho a la doble instancia en materia penal (motivos 1.º, 2.º y 11 de la demanda), que los actores esgrimen invocando la lesión de derechos fundamentales de naturaleza procesal, como son los derechos a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 C.E.), a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 C.E.) y al Juez ordinario predeterminado por la ley (art. 24.2 C.E.).

Acto seguido, procede determinar si, como dicen los demandantes (motivos 7.º a 10), han sido condenados por acciones que constituyen ejercicio lícito de la libertad de expresión e información [art. 20.1, a) y d), C.E.], de la libertad ideológica (art. 16.1 C.E.) y del derecho a participar en asuntos públicos (art. 23.1 C.E.), pues, de ser así, dicho ejercicio lícito actuaría como causa de justificación, excluyendo la existencia de responsabilidad penal por conductas ejercidas al amparo de la Constitución (v.gr., SSTC 159/1986, 107/1988, 121/1989, 15/1993, 320/1994 y 46/1998). Consecuentemente, debemos analizar con posterioridad las infracciones aducidas del principio de legalidad penal (art. 25.1 C.E., (motivos 5.º y 6.º) y, en último término, la pretendida lesión de los derechos a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia (art. 24.2 C.E.), cuya invocación articula en realidad una única pretensión (motivos 3.º y 4.º de la demanda).

## II. Sobre el incidente de recusación.

2. Por lo que respecta a las infracciones aducidas en relación con derechos fundamentales de naturaleza procesal y según el orden lógico que su examen requiere, alegan los recurrentes, en primer lugar, la vulneración de los derechos a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 C.E.), a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 C.E.) y al Juez ordinario predeterminado por la ley (art. 24.2 C.E.), que imputan a los Autos de 6 de octubre de 1997, dictados, en el incidente de recusación, por la Sala Segunda del Tribunal Supremo y por la Sala Especial del art. 61 de la L.O.P.J.

Sobre el particular, se quejan los demandantes de que la Sala Segunda del Tribunal Supremo, tras tener por incoado el incidente de recusación, lo haya remitido directamente al órgano competente para resolver sobre él: la Sala Especial del art. 61 L.O.P.J. De este modo, se han visto privados del trámite legalmente previsto, que consta de dos fases previas a la resolución del incidente: la de admisión a trámite, que corresponde a la propia Sala Segunda y cuya decisión de inadmisión hubiera podido ser recurrida en súplica ante la misma Sala, y la fase de instrucción, que debería efectuar en este caso el Presidente de Sala más antiguo (art. 224 L.O.P.J.), con audiencia del Ministerio Fiscal, con un período de prueba y evacuando informe el Magistrado recusado, para aceptar o rechazar la recusación (art. 225 L.O.P.J.). Así pues, la lesión de los derechos a la tutela judicial efectiva, a un proceso con todas las garantías y al Juez ordinario predeterminado por la ley traería causa, ante todo, de la manifiesta infracción del procedimiento recusatorio.

Asimismo discrepan los quejosos de las razones que han llevado a la Sala Especial a rechazar *a limine* el incidente de recusación, a saber: su planteamiento extemporáneo y que los hechos en que se funda la pretensión recusatoria no guardan la menor analogía con la causa de abstención invocada. Alegan, en este sentido, que la supuesta extemporaneidad se basa tanto en una exégesis manifiestamente irrazonable del art. 223.1 L.O.P.J., como en la presunción, no susceptible de prueba en contrario, de que conocían previamente las circuns-

tancias que motivan la recusación. En segundo término, en cuanto al encaje de los hechos en la causa de abstención alegada, se dice, de un lado, que los antecedentes del Auto de la Sala Especial no contemplan todos los hechos aducidos; de otro lado, se argumenta que la inadmisión del incidente está fundada en razones de fondo, pues la Sala efectúa una labor de interpretación de la norma y de subsunción en ella del *factum*, para concluir que los hechos no guardan relación con el motivo de abstención: esto exigía la sustanciación previa del incidente, tal y como afirmó, para un supuesto similar, la STC 47/1982.

3. Cabe observar que estas alegaciones de los demandantes ya fueron examinadas por este Tribunal al resolver el recurso de amparo 4.332/97, interpuesto por aquéllos, en el ATC 414/1997, de la Sección Tercera. Ahora bien, con independencia de lo dicho entonces, interesa en el presente momento señalar que este Tribunal ha declarado reiteradamente, en referencia específica a los incidentes de recusación, que los defectos procesales en ellos cometidos revisten relevancia constitucional si «tienen una incidencia material concreta» (v.gr., SSTC 230/1992 y 6/1998). La verificación de este extremo adquiere una dimensión singular cuando lo que está en juego es, como ocurre en este caso, la legitimidad constitucional de la inadmisión *a limine* del incidente recusatorio.

Pues bien, desde la STC 47/1982, hemos afirmado que el rechazo preliminar de la recusación puede tener lugar «por incumplimiento de los requisitos formales... por no aducirse causa en que legítimamente pueda fundarse la recusación y por no establecerse los hechos que le sirvan de fundamento; no puede, en cambio, llevarse a cabo dicha inadmisión en el momento preliminar, cuando la tarea es ya interpretativa respecto del encaje o de la falta de encaje de los hechos y de la pretensión sobre ella formulada en las normas, porque ello exige la sustanciación del incidente» (fundamento jurídico 3.º). Y por lo que concierne a la invocación de una causa en que «legítimamente» quepa fundar la recusación —en cuyo caso no cabría el rechazo de plano del incidente recusatorio—, hemos precisado que «dicha causa no ha de resultar descartable, *prima facie*» (SSTC 64/1997 y 6/1998), sin perjuicio de que su concreta virtualidad no pueda ser prejuzgada en esta sede (SSTC 230/1992, 282/1993, 234/1994 y 64/1997). En consecuencia, lleva razón el Ministerio Fiscal cuando señala que la inadmisión *liminar* de la recusación puede sustentarse tanto en la no designación de una causa legal de abstención como en su invocación arbitraria, esto es, manifiestamente infundada (SSTC 234/1994, 64/1997), ya que este último comportamiento también constituye una evidente infracción del deber de actuar con probidad en el proceso (art. 11.2 L.O.P.J.), sin formular incidentes dilatorios, que resulta de la genérica obligación de colaborar en la recta Administración de Justicia (art. 118 C.E.) (por todas, STC 234/1994).

En efecto, el hecho de que en la apreciación jurisdiccional de la inocuidad de los hechos base de la recusación puedan haberse producido violaciones de la ordenación procesal del incidente de recusación, tanto en cuanto al órgano como en cuanto al procedimiento, carece de trascendencia constitucional. El carácter del incidente, respecto del proceso principal en que se suscita, reclama que no se desorbite el significado obstructivista de los posibles vicios producidos en él, cuando desde la perspectiva constitucional de análisis y desde «la incidencia material concreta» de la recusación, resulta claro que la específica recusación que ahora analizamos carece de entidad. Visto desde esta perspectiva, y por lo que hace a este concreto caso, la recusación suscitada carece por completo de virtualidad.

4. A la luz de estas consideraciones, el Auto de 6 de octubre de 1997, dictado por la Sala Especial del art. 61 L.O.P.J., da una respuesta razonada y razonable para el rechazo preliminar de la recusación. Al margen de su formulación extemporánea, subraya la Sala Especial que «ni uno solo de los hechos en que los recusantes dicen fundar su pretensión coincide ni guarda la menor analogía con la causa de abstención invocada». De ahí concluye que «esta absoluta falta de cobertura legal de que padece la pretensión, deducida en el mismo día en que deben comenzar las sesiones del juicio oral, implica, sin lugar a dudas, un manifiesto abuso de derecho y un notorio fraude procesal..., por lo que la respuesta de esta Sala no puede ser sino la que previene el art. 11.2 L.O.P.J. para tales peticiones, es decir, el rechazo *a limine* con objeto de impedir que el desleal comportamiento de una parte procesal pueda obstaculizar el normal funcionamiento de los Tribunales».

Como se sigue del razonamiento expuesto, la Sala Especial del Supremo ha apreciado tanto la concurrencia de una causa de inadmisión del incidente (extemporaneidad), como la patente falta de fundamento, *prima facie*, del motivo de abstención alegado, es decir, su invocación arbitraria. Así pues, una vez acreditada, dentro de los límites de nuestro enjuiciamiento, la pertinencia del rechazo *a limine* de la recusación (v.gr., además de nuestras Sentencias ya citadas, ATC 64/1984), no apreciamos que los defectos cometidos en este caso en el procedimiento seguido y, en particular, el hecho nuclear, según la demanda, de que la Sala Segunda del Tribunal Supremo haya remitido directamente la pretensión recusatoria al órgano encargado de resolver el incidente, hayan producido indefensión material. Si el rechazo de plano de la pretensión recusatoria es constitucionalmente legítima, entonces ninguna «incidencia material concreta» cabe atribuir tanto al hecho de que los recusantes se hayan visto privados de la fase de instrucción del incidente, como a la circunstancia de que esa inadmisión haya sido acordada por el órgano que, según los propios demandantes, era el competente para resolver sobre el fondo, esto es, con plenitud de jurisdicción y de garantías. También carece de trascendencia constitucional, por el mismo motivo, la alegación de que, por proceder la inadmisión del «órgano decisor», los demandantes no han podido recurrir en súplica contra dicha resolución.

### III. Los denominados «juicios paralelos».

5. Debemos abordar ahora la pretendida infracción tanto del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 C.E.) como del derecho a no padecer indefensión (art. 24.1 C.E.), que, según el motivo segundo de la demanda, son resultado de la presión ejercida sobre el Tribunal sentenciador por instancias políticas —en particular, por destacados miembros del Gobierno— y por ciertos medios de comunicación.

Al respecto, se quejan los demandantes de la pasividad del Ministerio Fiscal y de que los componentes del Tribunal no hayan adoptado medida alguna para preservar su independencia frente a las referidas presiones —reseñadas en el Antecedente 3.b) de la Sentencia del Tribunal Constitucional—. Recuerdan, en tal sentido, que, suscitada esta cuestión al inicio de la vista (art. 793.2 L.E.Crim.), solicitaron su aplazamiento hasta que se dieran las circunstancias de normalidad que les permitiesen ejercer su derecho a la defensa en condiciones de igualdad. La Sala Segunda del Tribunal Supremo denegó esta petición —Auto de 18 de octubre de 1997, cuya motivación se reproduce en el antecedente quinto de la Sentencia impugnada— aduciendo no haberse sentido inquietada ni conturbada en su independencia a lo largo de la tramitación del proceso, y entendiendo, al propio tiempo, que la trascendencia de las manifestaciones cuestionadas «no ha sobrepasado la del propio contexto político en que han sido emitidas».

6. El adecuado análisis de las quejas ahora suscitadas aconseja pormenorizar algunos postulados especialmente trascendentes sobre el fundamento constitucional y el alcance de la imparcialidad judicial.

La imparcialidad judicial es una garantía tan esencial de la función jurisdiccional que condiciona su existencia misma; por eso hemos dicho que «sin Juez imparcial no hay, propiamente, proceso jurisdiccional» (v.gr., STC 60/1995). La neutralidad de los juzgadores se relaciona, es innegable, con la propia disposición del ánimo, con su actitud respecto de los contendientes, sin inclinarse a ninguno de ellos. Sin embargo, el deber de imparcialidad va mucho más allá, pues los Jueces y Magistrados sólo deben ejercer su jurisdicción en asuntos que les sean ajenos, y que lo sean desde un doble punto de vista: en primer lugar, porque el litigio verse sobre conductas de otro, sobre asuntos en que el Juez no tenga interés propio, directo o indirecto; en segundo lugar, porque los que han de juzgar no hayan tenido contacto anterior con el *thema decidendi* de un modo tal que quepa poner en tela de juicio su ecuanimidad a la hora de valorar las alegaciones y pruebas y de fallar en consecuencia. En otras palabras: la imparcialidad comprende, además de un aspecto subjetivo —que trata de averiguar la convicción personal de un Juez determinado en un caso concreto—, un aspecto objetivo, que se refiere a si el Juez ofrece las garantías suficientes, desde un punto de vista funcional y orgánico, para excluir cualquier duda razonable al respecto.

Es importante tener presente que, para pronunciarse en un caso concreto sobre la existencia de una razón que permita sospechar un defecto de imparcialidad, el parecer del litigante que denuncia ese defecto debe ser tenido en cuenta, pero no desempeña un papel decisivo: lo determinante consiste en saber si los temores del interesado pueden ser considerados como objetivamente justificados [Sentencias T.E.D.H. de 1 de octubre de 1982 (asunto Piersack, § 30); 26 de octubre de 1984 (asunto De Cubber, § 24 y 26); 24 de mayo de 1989 (asunto Hauschildt, § 46 y 48); 16 de diciembre de 1992 (asunto Sainte-Marie, § 32); 24 de febrero de 1993 (asunto Fey, §§ 28 y 30); 26 de febrero de 1993 (asunto Padovani, § 27); 22 de abril de 1994 (asunto Saraiva de Carvalho, § 33 y 35); 22 de febrero de 1996 (asunto Bulut, § 31); 23 de abril de 1996 (asunto Remli, § 46); 10 de junio de 1996 (asuntos Pullar y Thomann, § 37 y § 30, respectivamente); 25 de febrero de 1997 (asuntos Findlay y Gregory, § 73 y 76 y § 43 y 45, respectivamente), y 20 de mayo de 1998 (asunto Gautrin y otros, § 58)].

También hemos señalado, en referencia a casos como el presente, que de los derechos a ser juzgado por un Juez imparcial, a la defensa (art. 24.2 C.E.) y a no sufrir indefensión (art. 24.1 C.E.) se puede deducir que «la Constitución brinda un cierto grado de protección frente a los juicios paralelos en los medios de comunicación». Y añadíamos entonces que «la preocupación ante el riesgo de que la regular Administración de Justicia pueda sufrir una pérdida de respeto y de que la función de los Tribunales pueda verse usurpada, si se incita al público a formarse una opinión sobre el objeto de una causa pendiente de Sentencia, o si las partes sufrieran un pseudojuicio en los medios de comunicación, ha sido considerada una preocupación legítima por el T.E.D.H.» (ATC 195/1991). En palabras de este último Tribunal: «Si se acometen con antelación los puntos en litigio de una forma tal que el público se forma sus propias conclusiones, se corre el riesgo de perder el respeto y la confianza en los Tribunales. Además, si el público se habitúa al espectáculo de un pseudoproceso en los medios de comunicación, pueden darse, a largo plazo, consecuencias nefastas para el prestigio de los Tribunales como

órganos cualificados para conocer de los asuntos jurídicos» [Sentencias T.E.D.H. de 26 de abril de 1979 (asunto Sunday Times, § 63) y de 29 de agosto de 1997 (asunto Worm, § 54)]. Se trata, en definitiva, de que la acción de los Tribunales, cuya misión es fundamental en un Estado de Derecho como garantes de la justicia, precisa de la confianza de los ciudadanos, por lo que debe ser protegida frente a agresiones carentes de fundamento que pongan en entredicho la autoridad y la imparcialidad de Jueces y Magistrados [v.gr., STC 46/1998 y SSTEDH de 24 de febrero de 1997 (asunto De Haes y Gijssels, § 37) y 22 de marzo de 1995 (asunto Prager y Oberschlick, § 34)].

No obstante, estas mismas Sentencias han subrayado la extraordinaria importancia que tiene una opinión pública libre, dado el carácter esencial de la libertad de expresión en una sociedad democrática. Este postulado se aplica igualmente en el ámbito de la Administración de Justicia, que sirve a los intereses de toda la colectividad y exige la cooperación de un público instruido. Es un parecer generalizado que los Tribunales no pueden operar en el vacío. Son competentes para resolver los conflictos entre partes, para pronunciarse sobre la culpabilidad o la inocencia respecto de una acusación penal, pero esto no significa que, con anterioridad o al mismo tiempo, los asuntos de que conoce la jurisdicción penal no puedan dar lugar a debates, bien sea en revistas especializadas, en la prensa o entre el público en general. A condición de no franquear los límites que marca la recta administración y dación de Justicia, las informaciones sobre procesos judiciales, incluidos los comentarios al respecto, contribuyen a darles conocimiento y son perfectamente compatibles con las exigencias de publicidad procesal (art. 24.2 C.E. y art. 6.1 C.E.D.H.). A esta función de los medios consistente en transmitir informaciones semejantes se añade el derecho, para el público, de recibirlas, y muy especialmente cuando el proceso concierne a personas conocidas [por todas, STC 46/1998 y Sentencias T.E.D.H. de 26 de abril de 1979 (asunto Sunday Times, § 65); 24 de febrero de 1997 (asunto De Haes y Gijssels, § 37) y de 29 de agosto de 1997 (asunto Worm, § 50)].

Congruente con este planteamiento es nuestro criterio, ya sentado en el ATC 195/1991, de que la protección que la Constitución dispensa frente a los juicios paralelos «se encuentra contrapesada..., externamente, por las libertades de expresión e información que reconoce el art. 20 C.E...; internamente..., encuentra límites dentro del propio art. 24 C.E., porque la publicidad no sólo es un principio fundamental de ordenación del proceso, sino igualmente un derecho fundamental (inciso 5.º del art. 24.2 C.E.)». De ahí que, si bien la salvaguarda de la autoridad e imparcialidad del poder judicial puede exigir la imposición de restricciones en la libertad de expresión (art. 10.2 C.E.D.H.), ello no significa, ni mucho menos, que permita limitar todas las formas de debate público sobre asuntos pendientes ante los Tribunales (asunto Worm, § 50).

7. A la luz de las precedentes consideraciones debemos examinar el alcance de las presiones que se dicen ejercidas sobre el Tribunal sentenciador, al objeto de verificar si han tenido lugar las vulneraciones pretendidas del derecho a un Juez imparcial y de la prohibición de indefensión.

En primer lugar, debe quedar constancia clara de que las alegaciones de la demanda ahora analizadas no permiten cuestionar la imparcialidad subjetiva del Tribunal, que debe ser presumida mientras no medie prueba en contrario [por todas, Sentencias T.E.D.H. de 23 de junio de 1981 (asunto Le Compte, Van Leuven y De Meyere, § 58); 10 de febrero de 1983 (asunto Albert y Le Compte,

§ 32); 22 de septiembre de 1994 (asunto Debled, § 37); 23 de abril de 1996 (asunto Bulut, § 32) y 10 de junio de 1996 (asunto Thomann, § 31)]. En palabras muy ilustrativas de la STEDH de 10 de junio de 1996, dictada en el asunto Pullar (§ 32): «El principio según el cual se debe presumir que un tribunal está exento de prejuicio o de parcialidad... refleja un elemento importante de la preeminencia del Derecho, a saber: que el veredicto de un tribunal es definitivo y con fuerza obligatoria, a no ser que sea revocado por una jurisdicción superior por vicios de procedimiento o de fondo. Este principio debe aplicarse de la misma forma a todas las clases de tribunales... Incluso si en determinados casos... puede resultar difícil aportar pruebas que permitan desvirtuar la presunción, pues el requisito de la imparcialidad objetiva supone, conviene recordarlo, una importante garantía adicional». En este sentido, hay una total falta de prueba sobre un eventual prejuicio por parte de los Juzgadores, pues las manifestaciones criticadas en la demanda no permiten deducir nada al respecto, máxime cuando, de un lado, el Tribunal ha dejado clara su serenidad de ánimo para juzgar (Auto de 18 de octubre de 1997) y, de otro, coherentemente con esa afirmación, los integrantes de la Sala en ningún momento han actuado de forma que permita pensar que se han inclinado por alguna de las partes. Los demandantes han sido juzgados, pues, por Magistrados personalmente imparciales.

En segundo lugar, tampoco es cuestionable el desinterés objetivo del Tribunal sentenciador: ningún indicio fundado avala la existencia de una relación previa con las partes o con sus intereses (cfr., fundamentos jurídicos 2.º a 4.º de esta resolución) [por todas, SSTC 44/1985, 230/1988, 180/1991, 282/1993 y 7/1997; AATC 226/1998 y 117/1997], ni que la Sala *a quo* haya desempeñado sus funciones en el proceso mediando contacto anterior con el *thema decidendi* (v.gr., SSTC 54/1985, 113/1987, 145/1988, 164/1988, 225/1988, 11/1989, 106/1989, 55/1990, 98/1990, 138/1991, 113/1992, 136/1992, 157/1993, 170/1993, 320/1993, 372/1993, 384/1993, 32/1994, 138/1994, 98/1997, 41/1998 y 46/1998). Desde un punto de vista estrictamente orgánico y al margen de lo que se dirá al examinar el motivo undécimo de la demanda, la posición institucional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo y de quienes la integran es plenamente respetuosa, por su estructura y garantías de funcionamiento, con el principio de independencia judicial, que es presupuesto objetivo de la actuación imparcial.

8. Ahora bien, el núcleo central de los alegatos de la demanda obliga a determinar si las declaraciones reseñadas de las Autoridades citadas en el Antecedente 3.º hacen justificados los temores de los recurrentes cuando afirman menoscabada la apariencia de imparcialidad de la Sala sentenciadora. De ser así se habría conculcado su derecho a un proceso con todas las garantías, incluso sin necesidad de probar que la influencia ejercida ha tenido un efecto concreto en la decisión de la causa, pues, por la naturaleza de los valores implicados, basta la probabilidad fundada de que tal influencia ha tenido lugar (T.E.D.H., asunto Worm, § 54).

A la hora de pronunciarse al respecto, el T.E.D.H. recuerda que «los límites de la libertad de expresión pueden no incluir declaraciones que amenacen, deliberadamente o no, con reducir las posibilidades de los acusados de gozar de un juicio justo, o que dañen la confianza de los ciudadanos en el papel que desempeñan los Tribunales al administrar la justicia penal» (asunto Worm, § 50). Se hace preciso, pues, considerar el alcance objetivo de las manifestaciones de que se quejan

los demandantes, atendiendo a su tenor, finalidad y contexto en que son emitidas.

Ha de admitirse como natural y, en los términos expuestos, como conveniente en una sociedad democrática, que se haya suscitado debate público sobre un proceso que, según evoca la Sala sentenciadora, presenta la singularidad de encausar a los dirigentes de una formación política. Mas, aceptado esto, debemos tener presente, con el T.E.D.H., que, cuando las declaraciones sobre procesos en curso intenten llevar al público a la conclusión de que los acusados son culpables, prediciendo la condena, se justifican restricciones en la libertad de expresión de quien así actúe, y ello, en particular, cuando la declaración cuestionada se emita en términos tan absolutos que sus destinatarios tengan la impresión de que la jurisdicción penal no puede sino dictar una Sentencia condenatoria (asunto Worm, § 51 y 52). Estos postulados no son predicables de las declaraciones que se citan en la demanda de amparo.

A este respecto, conviene aclarar algo importante: Es posible que unas declaraciones puedan ser restringidas justificadamente para preservar la autoridad e imparcialidad del Poder Judicial u otros bienes o derechos y que, sin embargo, esas mismas declaraciones carezcan de virtualidad para propiciar la anulación de un proceso, por quiebra de la apariencia de imparcialidad de Jueces profesionales y, en concreto, de Magistrados del Tribunal Supremo del Estado. En efecto, un «juicio paralelo» puede revestir una intensidad y persistencia tales que propicie un clamor social a favor de la condena o de la absolución de los encausados, y que ponga en entredicho la necesaria serenidad del Tribunal o la confianza de la ciudadanía en el comportamiento neutral de los juzgadores, con el consiguiente riesgo, en sí mismo inadmisibles, de que las partes puedan ver menoscabado su derecho a un juicio justo. Sin embargo, no se aprecia que tal circunstancia concorra en el presente caso. Aquí no hubo «juicio paralelo». El proceso, de gran interés para la sociedad por su singularidad, ha suscitado, sí, un debate público, que en buena parte se ha centrado sobre el hecho mismo de la celebración del juicio, visto como un signo de normalidad democrática. Por lo demás, ese debate, considerado tanto en su contexto como por referencia a las concretas alegaciones de la demanda, se ha desarrollado con más moderación que agresividad, con posibilidad de réplica, en la práctica ejercida —es notorio, aunque la demanda no lo diga, que las manifestaciones enjuiciadas fueron contestadas públicamente en los medios por representantes de otras posiciones políticas— (T.E.D.H., asunto Sunday Times, § 63), e interviniendo en el enjuiciamiento Magistrados independientes por razón de su estatuto [v.gr., T.E.D.H., asunto Worm (§ 51 y 53) y Decisión de la Comisión de 8 de julio de 1978 (asunto Enslin, Baader y Raspe c. R.F.A.), D.R. 14].

#### IV. El llamado «derecho a la doble instancia penal».

9. En relación con las alegaciones de naturaleza estrictamente procesal, se dice vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 C.E.), en su vertiente de reconocimiento del derecho a la doble instancia en materia penal, como consecuencia de que la Sentencia condenatoria ha sido dictada en primera y única instancia por la Sala Segunda del Tribunal Supremo. Esta circunstancia ha impedido la incoación de recurso alguno, en el seno de la jurisdicción ordinaria, contra la resolución condenatoria, lo que contraviene, según los quejosos, el art. 24.1 C.E. en relación con el art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que proclama: «Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un Tribunal

superior, conforme a lo prescrito por la ley». Añaden los recurrentes que la Sentencia impugnada ha sido emitida por la Sala Segunda del Supremo en virtud de un peculiar aforamiento: algunos de los encausados eran miembros de dos Parlamentos autonómicos distintos. La competencia del Tribunal Supremo se basa en este solo hecho, pues ninguno de los hoy demandantes, por sí mismos, se encontraba sometido a la jurisdicción de ese Alto Tribunal.

Respecto de estas últimas alegaciones, que parecen poner en tela de juicio la competencia del Tribunal sentenciador, conviene dejar bien sentado que los demandantes no anudan a esos alegatos la violación de ningún derecho fundamental y, en particular, del derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley (art. 24.2 C.E.), lo que, por otra parte, no podría prosperar, pues, como hemos dicho repetidas veces, la determinación de cuál sea el órgano competente, dentro de la jurisdicción ordinaria, es cuestión que corresponde en exclusiva a los Tribunales pertenecientes a esa jurisdicción (v.gr., SSTC 49/1983, 43/1985, 8/1988 y 93/1988; AATC 440/1985, 324/1993 y 22/1994).

Por lo demás, la cuestión planteada sobre el derecho a la doble instancia en los procesos penales ya ha sido resuelta por este Tribunal en sentido contrario al ahora pretendido (por todas, SSTC 51/1985, 30/1986, 33/1989, 55/1990, 166/1993, 22/1997 y 41/1998). La garantía que implica la instrucción y el enjuiciamiento de la causa por el Tribunal más alto en el orden penal (art. 123.1 C.E.) integra en parte —acceso a una instancia judicial superior a la que de ordinario enjuicia inicialmente este tipo de conflictos— y sustituye en lo demás —posibilidad de una segunda decisión— la garantía que ahora aducen los recurrentes, que presupone, precisamente, que la primera instancia no sea la instancia suprema en el orden jurisdiccional penal. Como señalamos en la STC 51/1985, «esas particulares garantías... disculpan la falta de un segundo grado jurisdiccional, por ellas mismas y porque el órgano encargado de conocer... es el superior en la vía judicial ordinaria». En este mismo sentido, la STC 166/1993 afirma que «el privilegio del fuero, que es un plus, equilibra así la inexistencia de una doble instancia, que si bien es una de las garantías del proceso a las cuales alude genéricamente el art. 24.2 C.E., ha de ser matizada en los casos en que el enjuiciamiento se confía directamente al supremo juez en todos los órdenes jurisdiccionales, salvo el constitucional (art. 123 C.E.), a quien habría de revertir en definitiva la competencia funcional en un segundo grado o escalón procesal». Conclusión que hoy se encuentra reforzada por la circunstancia, que conviene tener presente como criterio interpretativo, de que el art. 2 del Protocolo Adicional núm. 7 al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos, de 22 de noviembre de 1984 (firmado por España el 19 de marzo de 1985, está pendiente de ratificación), dispone que el principio general de la doble instancia penal «podrá ser objeto de excepciones... cuando el interesado ha sido juzgado en primera instancia por la jurisdicción más alta» (STC 41/1998 y ATC 1309/1988). A lo que cabe añadir que esta sustitución parcial de una garantía procesal por otra, inoqua para la integridad del correspondiente derecho fundamental, se funda en sólidas razones de preservación de «la independencia y el prestigio de las instituciones» (STC 22/1997), y que, si dicha garantía se extiende a personas no aforadas, ello se debe al razonable criterio de no escindir, por razón de las personas, el enjuiciamiento de unos mismos hechos.

Libertades ideológica (art. 16.1 C.E.), de expresión e información [art. 20.1, a) y d)], y derecho a participar en los asuntos públicos (art. 23.1 C.E.).

#### V. Planteamiento.

10. Los recurrentes han sido condenados, como autores de un delito de colaboración con banda armada, a sendas penas de siete años de prisión mayor y multa de quinientas mil pesetas, con las accesorias de suspensión de cargo público y derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, tanto por su decisión de ceder los espacios electorales gratuitos de la coalición H.B. para divulgar la llamada «alternativa democrática», como por la íntegra asunción del contenido de dicha alternativa, que la Sala Segunda del T.S. ha juzgado amenazante o conminatorio. En concreto, en este mensaje de ETA a la sociedad, que remite a H.B. en dos videocintas solicitando su difusión, se afirma la intención de conseguir la paz, pero se supedita el alto el fuego, el cese de la violencia, a que el Estado democrático acate y cumpla, previamente, determinadas condiciones. Entiende probado la Sala Segunda del T.S. que, con el expresado propósito de difusión, los condenados encargaron al Área de Comunicación de Herri Batasuna el anuncio, propagación y exhibición de las copias del vídeo de unos veinte minutos de duración, así como la preparación de una maqueta y copias del segundo vídeo, para que, respectivamente, el primero fuese proyectado en diversos actos de presentación de la «alternativa democrática», y el segundo fuese emitido como «spot» electoral de unos dos minutos en los correspondientes espacios. En ambas videocintas los que hablan aparecen encapuchados y, en el «spot», es ostensible la presencia de tres pistolas sobre la mesa, a diferencia del llamado «vídeo largo», donde las armas sólo se dejan ver en la cintura de dos de ellos cuando se retiran.

En suma: sobre la base de los hechos declarados probados bajo los epígrafes B), C), D) y E) del correspondiente relato [transcrito en el Antecedente 2.E) de la Sentencia], lo que se enjuicia es, en sustancia, la condena impuesta a los dirigentes de un partido político legal por una decisión adoptada en el seno de una campaña electoral, a saber: la de difundir, asumiendo su contenido, el mensaje remitido a tal efecto por ETA —la llamada «alternativa democrática», para lo cual acordaron ceder sus espacios electorales gratuitos, televisivos y radiofónicos, en los medios públicos de difusión.

Pues bien, en avenencia con lo expresado en el núm. 1.º de este Voto, hemos de examinar, ante todo, si, como aducen los demandantes, han sido condenados por acciones que no son sino ejercicio lícito de la libertad de expresión e información [art. 20.1 a) y d) C.E.], de la libertad ideológica (art. 16.1 C.E.) y del derecho a participar en asuntos públicos (art. 23.1 C.E.), pues, en esta hipótesis, dicho ejercicio lícito actuaría como causa de justificación, excluyendo la existencia de responsabilidad penal.

Es evidente que, en el supuesto aquí enjuiciado, este conjunto o familia de derechos opera como un bloque cuasi unitario, por no decir que inescindible, donde, sin embargo, adquiere especial preeminencia el derecho a participar en los asuntos públicos —del que, hasta cierto punto, en el presente caso las libertades ideológica y de expresión e información serían instrumentales—, dado que las conductas sancionadas penalmente han tenido lugar en el desarrollo de una campaña electoral y se imputan a quienes eran dirigentes de una agrupación política legal y con representación en el Parlamento estatal y en Asambleas Legislativas de Comunidades Autónomas. Circunstancias ambas que, como se verá, hacen que nuestro control de constitucionalidad haya de ser máximamente riguroso a la hora de admitir restricciones

de cualquier tipo y, *a fortiori*, de índole penal en el ejercicio de los precitados derechos y libertades. Dicho sea lo que antecede sin perjuicio de que debamos prestar especial atención a la pretendida vulneración de las libertades de expresión y/o de información, en congruencia con la demanda de los recurrentes, que han hecho recaer el peso de sus alegaciones sobre la lesión de las libertades consagradas en el art. 20.1, apartados a) y d), de la Constitución.

VI. Criterios de enjuiciamiento aplicables al caso en relación con la libertad ideológica, el derecho a participar en los asuntos públicos y las libertades de expresión e información.

11. El conflicto entre los derechos y libertades reconocidos por los arts. 23.1, 16.1 y 20.1 a) y d) C.E. y los bienes y derechos que, según la Sentencia recurrida, resultan menoscabados por el comportamiento enjuiciado —la vida, la seguridad de las personas y la paz social— debe ser resuelto mediante una labor de ponderación que parte de las siguientes premisas de carácter general: que ni los derechos fundamentales ni sus límites tienen carácter absoluto, de modo que entre unos y otros se produce un régimen de concurrencia, no de exclusión; que la fuerza expansiva de todo derecho fundamental explica la necesidad de que las normas que los limitan sean interpretadas con criterios restrictivos y en el sentido más favorable a la eficacia y a la esencia de tales derechos (v.gr., SSTC 159/1986, 3/1997 y 204/1997); y que, por lo que se refiere al derecho consagrado por el art. 20.1, d), C.E., su posición preferencial recaba una rigurosa ponderación de cualquier norma o decisión que coarte su ejercicio, sin que sea posible otorgar *a priori* un superior rango jerárquico al interés protegido por la Ley penal —incluso cuando ese interés consiste en la erradicación de la violencia terrorista— frente a la libertad de información (por todas, 159/1986 y 105/1990). En este sentido hemos afirmado que la lucha antiterrorista y la libertad de información no responden a intereses contrapuestos sino complementarios, orientados ambos al aseguramiento del Estado democrático de Derecho (STC 159/1986).

12. Más en concreto, los criterios que hemos de adoptar a la hora de efectuar la antedicha ponderación entre los bienes y derechos en conflicto tienen su sustento en algunos postulados básicos, muy reiterados por este Tribunal.

A) En primer lugar, por lo que concierne a la libertad ideológica, consagrada con la máxima amplitud por la Constitución (art. 16.1), tenemos dicho en repetidas ocasiones que no es una mera libertad interior, sino que su contenido esencial incluye también una dimensión externa de *agere licere*, que faculta a los ciudadanos para actuar con arreglo a sus propias convicciones y mantenerlas frente a terceros (v.gr., SSTC 19/1985, 20/1990, 120/1990, 137/1990, 66/1994, 166/1996, 177/1996). Hemos señalado, asimismo, que sus manifestaciones externas no se circunscriben a las orales o escritas, sino que incluyen también la adopción de actitudes y conductas que no dejan de ser actos de ejercicio de esta libertad por la circunstancia de que fácilmente se solapan con otros derechos fundamentales (v.gr., arts. 20 y 23.2 C.E. y otros) [ATC 1.227/1988]. Con esto queremos destacar que la libertad ideológica no puede entenderse absorbida, por ejemplo, por las libertades de expresión e información, pues la Constitución la reconoce con autonomía propia y, a la vez, con la máxima amplitud, como fundamento que es, con la dignidad de la persona y los derechos inviolables a ella inherentes (art. 10.1 C.E.), de otras libertades y derechos fundamentales (v.gr., SSTC 20/1990, 120/1990

y 137/1990). Así se explica que el art. 16.1 C.E. no establezca «más limitación» (en singular), en las manifestaciones de esta libertad, «que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley». Límite que, por la particularidad y necesidad con que se establece en la Norma fundamental, no puede hacerse coincidir, en términos absolutos, con las restricciones que impone el art. 20.4 C.E. a los derechos de libertad de expresión e información (por todas, SSTC 20/1990).

Conviene precisar que, de igual modo que una manifestación de la libertad ideológica puede traducirse en un acto de ejercicio de las libertades de expresión y/o de información, también cabe que una misma conducta infrinja tanto los límites marcados por el art. 20.4 C.E. como «el orden público protegido por la ley» (art. 16.1 C.E.). Así sucedería, dicho sea ahora en hipótesis, si un determinado comportamiento transgrediera una barrera infranqueable del ejercicio lícito de esta libertad, «que excluye siempre la violencia para imponer los propios criterios» (por todas, SSTC 22/1990 y 214/1991). Y es que si algo está amparado por el orden público es la interdicción de la violencia, ya sea física o psíquica (*mutatis mutandis*, STC 59/1990), deliberada o involuntaria [Sentencia del T.E.D.H. de 24 de febrero de 1998 (asunto Larissis y otros), § 52], como medio para afirmar y, en su caso, hacer valer las propias convicciones.

B) Por lo que respecta al derecho a participar en los asuntos públicos, hemos afirmado con no menor claridad que el art. 23.1 C.E. garantiza un derecho de participación que puede ejercerse de dos formas distintas, bien directamente, bien por medio de representantes. En relación con esta última posibilidad, la Constitución concreta que se trata de representantes elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal, lo que apunta, sin ningún género de dudas, a la representación política, con exclusión de otras posibles representaciones de carácter corporativo, profesional, etc. Así lo viene entendiendo de forma constante y uniforme este Tribunal que, al realizar una interpretación conjunta de los dos apartados del art. 23 C.E. —y dejando ahora al margen el derecho de acceso a las funciones públicas—, ha afirmado que en ellos se recogen dos derechos que configuran la participación política de los ciudadanos en el sistema democrático, en conexión con los principios de soberanía del pueblo y de pluralismo político consagrados en el art. 1 de la Constitución: el derecho electoral activo y el derecho electoral pasivo, derechos que aparecen como modalidades o vertientes del mismo principio de representación política. Se trata, por tanto, del derecho fundamental en que se plasma el derecho de participación política en el sistema democrático de un Estado social y democrático de Derecho, y es la forma de ejercitar la soberanía que reside en el pueblo español. Por eso, la participación en los asuntos públicos a que se refiere el art. 23 es, en primer lugar, la que se realiza al elegir los miembros de las Cortes Generales, que son los representantes del pueblo (art. 66 C.E.), y puede entenderse que abarca también la participación en el gobierno de las Entidades en que el Estado se organiza territorialmente, de acuerdo con el art. 137 de la Constitución. Asimismo, hemos venido reiterando que dicho precepto garantiza el derecho a que los representantes elegidos permanezcan en su cargo y puedan ejercer las funciones previstas en la Ley. Hay, en consecuencia, una estrecha vinculación entre los derechos reconocidos en los apartados 1 y 2 del art. 23 C.E. y el principio democrático, manifestación, a su vez, de la soberanía popular (SSTC 51/1984, 32/1985, 149/1988, 71/1989, 212/1993, 80/1994 y 119/1995, entre otras). Este entendimiento de la expresión «participar en los asuntos públicos» es perfectamente trasladable a la participación directa, también mencionada por el art. 23.1 C.E. Aunque

han sido menos las ocasiones en que este Tribunal ha tenido oportunidad de pronunciarse al respecto, en ellas ha afirmado que «la participación directa que en los asuntos públicos ha de corresponder a los ciudadanos es la que se alcanza a través de las consultas populares previstas en la propia Constitución (arts. 92, 149.1.32, 151.1, 152.2, 167.3 y 168.3)» (v.gr., SSTC 63/1987 y 119/1995; ATC 399/1990).

Ahora bien, por muy acentuada que sea la salvaguarda de los derechos fundamentales, no puede llegar al extremo de amparar comportamientos prohibidos por la Constitución (STC 101/1983), contrarios al deber, que a todos asiste, de sujeción a la Norma fundamental (art. 9.1 C.E.), es decir, de no actuar contra ella y de obrar con arreglo a la misma (STC 122/1983). Ese deber, conviene recordarlo, consiste en aceptar las reglas del juego político y en no intentar la transformación del orden jurídico existente por medios ilegales, pero no entraña en modo alguno una prohibición de representar y perseguir ideales políticos diversos de los encarnados en la Norma fundamental, ni supone, por tanto, una renuncia a las libertades individuales, ni a la libre crítica del ordenamiento, ni de los actos políticos que se realicen, ni a la libre proposición de nuevas leyes, ni a procurar la reforma de la Constitución...; mas, eso sí, todo ello a condición de que se respeten las reglas inherentes al orden democrático (v.gr., STC 122/1983). En este sentido, también constituye un límite insoslayable del ejercicio lícito del derecho a participar en los asuntos públicos el recurso a la conminación o la amenaza, pues un proceder así vulneraría el deber de fidelidad a la Constitución, cuya observancia constituye el marco del ejercicio admisible de los derechos en ella reconocidos.

C) En lo tocante a las libertades de expresión e información, ya hemos apuntado la especial trascendencia de su ejercicio si éste tiene lugar en el seno de una campaña electoral y por dirigentes de una agrupación política. Y es que dichas libertades resultan particularmente intensas cuando guardan inmediata conexión con la efectividad de otro derecho fundamental y, de manera señalada, cuando se ejercitan en procesos de formación y exteriorización de un poder político democrático (art. 23 C.E.) [STC 57/1996].

En consecuencia, la admisión de restricciones en las referidas libertades ha de ser estricta, ya que tales injerencias sólo se justifican si resultan imperiosamente necesarias en una sociedad democrática. Y ello porque la libre difusión de información y la expresión en libertad de ideas u opiniones —aun cuando sean chocantes, molestas o incluso inquietantes— constituyen fundamentos esenciales de la sociedad democrática y condiciones primordiales del desarrollo individual y del progreso colectivo [entre muchas, Sentencias del T.E.D.H. de 23 de septiembre de 1998 (asunto Steel y otros, § 101); 2 de septiembre de 1998 (asunto Ahmed, § 55); 25 de agosto de 1998 (asunto Hertel, § 46); 2 de septiembre de 1995 (asunto Vogt, § 52); 22 de agosto de 1994 (asunto Jersild, § 37); 8 de julio de 1986 (asunto Lingens, § 41) y 7 de diciembre de 1976 (asunto Handyside, § 49)]. Como hemos señalado repetidas veces, las libertades consagradas en los apartados a) y d) del art. 20.1 C.E. reconocen y garantizan la formación de una opinión pública libre, condición *sine qua non* del pluralismo político, que es un valor fundamental y un requisito de funcionamiento del Estado democrático [v.gr., SSTC 6/1981, 12/1982, 32/1985, 104/1986, 104/1986, 159/1986, 107/1988, 51/1989, 121/1989, 105/1990, 171/1990, 172/1990, 214/1991, 40/1992, 85/1992, 240/1992, 15/1993, 178/1993, 170/1994, 42/1995, 78/1995, 132/1995, 176/1995, 19/1996, 204/1997, 1/1998, 46/1998, 144/1998]. Más aún: cuando las injerencias en la liber-

tad de expresión afectan, como es el caso, a dirigentes de una agrupación política, este Tribunal debe controlar su justificación constitucional del modo más riguroso [v.gr., Sentencias del T.E.D.H. de 9 de junio de 1998 (asunto Incal, § 46) y 23 de abril de 1992 (asunto Castells, § 42)], pues, al igual que no existe democracia sin pluralismo, éste, a su vez, no puede concebirse sin el concurso de una diversidad de partidos que, por representar las distintas corrientes de opinión de la sociedad, aportan una contribución irremplazable al debate político, inherente a la esencia misma de un régimen democrático [v.gr., SSTC 32/1985, 63/1987, 119/1990, 163/1991, 19/1996, 93/1998 y, *mutatis mutandis*, SSTC 9/1990 y 30/1997; v.gr., Sentencias del T.E.D.H. de 30 de enero de 1998 (asunto Partido Comunista Unificado de Turquía y otros c. Turquía, § 44), y en los asuntos, ya citados, Castells (§ 43) y Lingens (§ 42)]. De ahí que, como regla cuyas excepciones han de ser objeto de interpretación restrictiva, los dirigentes de una formación política no puedan verse inquietados por el solo hecho de querer discutir públicamente un problema, por molesto o perturbador que pueda resultar para terceros, siempre que dicho debate se desarrolle con el debido respeto a las reglas democráticas, esto es, mediante el diálogo y sin el recurso a la violencia [Sentencias del T.E.D.H. en los asuntos Partido Socialista y otros c. Turquía (S. de 25 de mayo de 1998, § 45) y Partido Comunista Unificado de Turquía y otros c. Turquía (§ 57)].

#### VII. Explicación del discurso que se va a seguir.

13. Antes de verificar *in casu*, y de acuerdo con la doctrina reseñada, si los hechos que han dado lugar a la condena penal recaída constituyen o no ejercicio lícito de las libertades y derechos consagrados por los arts. 16.1, 20.1, a) y d), y 23.1 C.E., proceden algunas consideraciones introductorias, a modo de premisas explicativas del discurso que vamos a seguir.

Una primera precisión se impone con carácter general, como hilo conductor de nuestras posteriores reflexiones. A juicio de este Tribunal, la invocación de la libertad ideológica, aunque no carece de consistencia autónoma, sí es subsumible en la pretendida lesión de las libertades de expresión y/o de información, como lo demuestra la propia demanda de amparo, cuando sostiene que la conducta reprimida penalmente era manifestación de la libertad ideológica de los recurrentes, traducida en un acto de ejercicio de sus libertades de expresión e información. Entendemos, sin embargo, que la infracción del derecho a participar en los asuntos públicos —también alegada por los demandantes remitiéndose a los argumentos que aducen en relación con el art. 20.1 C.E.— adquiere especial preeminencia, porque, sin lugar a dudas, el momento electoral cualifica el supuesto de hecho aquí enjuiciado. Esto significa que, si bien, por congruencia con la demanda, deberemos prestar especial atención a la pretendida vulneración de las libertades de expresión y/o de información, será imprescindible tener presente en todo momento el elemento definidor del supuesto que se nos plantea, esto es, que los hechos tuvieron lugar en el seno de una campaña electoral y que se imputan a quienes eran dirigentes de una coalición política interviniente en dicha campaña. De este modo, daremos respuesta conjunta a las denunciadas lesiones de los arts. 16.1, 20.1, a) y d), y 23.1 C.E.

Además, procede una advertencia previa en relación con el alegato de los recurrentes, sustentado en el art. 10.2 C.E.D.H., de que la condena impuesta no está «prevista por la Ley» con la certeza recabada por el T.E.D.H., de donde concluyen que la Sala Segunda del T.S. ha sometido a restricciones su libertad de expresión vulnerando el art. 20.1 a) C.E. en conexión con su

art. 10.2. En este sentido, es cierto que la existencia de *lex praevia et certa* resulta inexcusable para que las restricciones enjuiciadas no infrinjan las libertades del art. 20 C.E.; sucede, empero, que el cumplimiento del requisito de tipicidad ha de ser igualmente verificado respecto de la eventual vulneración del principio de legalidad penal (art. 25.1 C.E.), también invocada por los actores. Sobre este particular, importa aclarar desde ahora algo que no por evidente debe ser omitido: la comprobación de si se ha observado tal requisito no es la misma, ni por su alcance ni por sus parámetros de enjuiciamiento y pese a la formal coincidencia en su denominación, desde el prisma de las libertades de expresión y de información, que desde la perspectiva del principio de legalidad. Las exigencias de tipicidad son más estrictas cuando atañen al ámbito de la legalidad penal que cuando conciernen, únicamente, al ejercicio de las libertades de expresión e información; de ahí que hayamos de abordar esta cuestión al analizar las infracciones denunciadas del art. 25.1 C.E., tal y como, por otra parte, se sigue de la demanda de amparo, que, en este punto, se remite a las alegaciones contenidas en su motivo quinto, donde se argumenta la tesis de que el Tribunal Supremo ha conculcado el principio de tipicidad integrado en el derecho a la legalidad penal (art. 25.1 C.E.).

Por último, es importante reseñar el carácter complejo del mensaje discutido. No se puede negar que los recurrentes han intentado difundir lo que otros dicen, y que lo han hecho, como sostiene la demanda, «poniendo al alcance de la opinión pública a esos otros hablando y contando el tema». Cabe afirmar entonces, sin impropiedad, que estamos en presencia de un mensaje dentro de otro mensaje. Pues bien, anticipamos que nos compete verificar, ante todo, si lo que ETA dice es intimidatorio, para, acto seguido, en la hipótesis de que las manifestaciones enjuiciadas sean amenazantes, comprobar si quienes acordaron divulgar la «alternativa» proclamada por el grupo terrorista se desvincularon o no del contenido violento del discurso.

En congruencia con lo que antecede, hemos de pronunciarlos, ya en este momento, acerca de si la conducta enjuiciada se sitúa en el segundo término de la dicotomía «expresión»/«información» [apdos. a) y d), respectivamente, del art. 20.1 C.E.], habida cuenta de que, según los demandantes, predomina de forma inequívoca el elemento «información de hechos». Al respecto, es sabido que este Tribunal ha diferenciado en multitud de ocasiones la libertad de expresión —en el sentido de emisión de juicios y opiniones— de la libertad de información —referida a la manifestación de hechos—, lo que, al tiempo, se traduce en una dispar amplitud en el ejercicio constitucionalmente admisible de tales derechos. Hemos puntualizado también que el deslinde de esas dos libertades no suele ser total y absoluto, puesto que la de opinión se apoya en mayor o menor medida en afirmaciones fácticas y éstas, a su vez, pueden verse afectadas por aquélla. De ahí que con frecuencia sea difícil, si no imposible, separar los elementos informativos de los valorativos, en cuyo caso habrá de atenderse al elemento predominante (por todas, SSTC 105/1990, 190/1992, 136/1994, 19/1996 y 200/1998). Tal sucede en el presente caso, donde, en realidad, el producto elaborado para ser emitido, que pretendía convertirse en mensaje electoral, se configura, esencialmente, como petición de voto. La proyección sobre el mismo de la distinción entre libertad de expresión y libertad de información, según acabamos de indicar, debe hacerse con cautela e introduciendo matizaciones. Coherentes con este planteamiento, estimamos que la libertad aquí implicada es la de expresión y no la de información, porque el mensaje cuestionado se caracteriza preeminentemente, más que por afirmar

datos objetivos, por la emisión de opiniones y creencias personales; sin que ello signifique desconocer que ciertos pasajes del discurso sientan hechos de forma inequívoca, como ocurre, por ejemplo, cuando se pide el voto o cuando se supedita el cese de la lucha armada al cumplimiento por el Estado de determinadas condiciones.

#### VIII. Inicio de nuestra labor fiscalizadora.

14. Con apoyo en tales premisas, hay que verificar, a la vista de las circunstancias del caso, si las conductas enjuiciadas estaban justificadas o si, por el contrario, faltaba esa justificación y, por tanto, las medidas de restricción adoptadas eran necesarias en una sociedad democrática para salvaguardar todos los bienes y derechos implicados, incluidas las libertades mencionadas del art. 20 C.E (STC 200/1998). A tal efecto, nos compete valorar si la ponderación efectuada por la Sala Segunda del Tribunal Supremo respecto de los derechos en conflicto ha sido realizada de acuerdo con el contenido que constitucionalmente corresponde a cada uno de ellos, en el bien entendido de que puede ser preciso acudir a criterios distintos de los empleados por la Sentencia recurrida, que no vinculan a este Tribunal porque nuestra jurisdicción, en supuestos como el presente, no se reduce a la simple revisión de la motivación contenida en la resolución judicial impugnada (entre muchas, SSTC 171/1990, 172/1990, 40/1992, 219/1992, 240/1992 y, recientemente, STC 200/1998).

Ante todo, resulta inexcusable responder a la pregunta de si las restricciones denunciadas, esto es, el secuestro de los «spots» y cuñas radiofónicas y la posterior condena penal, se encaminaban a la salvaguarda de algún derecho fundamental o bien jurídico capaz, *prima facie*, de constituirse en límite a los referidos derechos y libertades, *ex arts.* 23.1, 16.1 y 20.4 C.E.

Como apunta la Sentencia recurrida, las medidas adoptadas buscaban defender «bienes jurídicos tan importantes como la vida, la seguridad de las personas y la paz social —valores constitucionales de primer orden según los arts. 10.1, 15 y 17 C.E.—». Por su parte, este Tribunal ha declarado en repetidas ocasiones que erradicar la violencia terrorista es un objetivo político y social de la máxima importancia, pues semejante violencia crea un peligro efectivo para la vida y la integridad de las personas y para la subsistencia del orden democrático constitucional; de ahí que la seguridad interior y exterior del Estado puedan actuar como límites indiscutibles al ejercicio de los derechos ahora considerados y, en particular, de las libertades reconocidas por el art. 20 C.E. (v.gr., SSTC 51/1985, 159/1986 y 199/1987). En la misma línea, el T.E.D.H. no duda en calificar como injerencias que responden a un fin legítimo —sin prejuzgar, claro está, su necesidad en una sociedad democrática— aquéllas impuestas con el propósito de preservar la seguridad interior y el orden público, ante conductas que puedan incitar a la violencia o ser en sí mismas conminatorias. Esta doctrina es señaladamente inconcusa cuando dichas conductas tienen lugar en un contexto de actividad terrorista o, simplemente, favorable o predisponente a la violencia, y cuando las manifestaciones objeto de restricción sean capaces de provocar especial impacto, haciendo temer un incremento de los disturbios, porque, por ejemplo, procedan de personas que desempeñan un papel relevante en la actividad política [v.gr., entre las más recientes, Sentencias del T.E.D.H. de 25 de noviembre de 1997 (asunto Zana), § 49 y 50; 9 de junio de 1998 (asunto Incal), § 42; 10 de julio de 1998 (asunto Sidiropoulos y otros), § 39; y, *mutatis mutandis*, Sentencias del T.E.D.H. de 30 de enero de 1998 (asunto Partido Comunista Unificado de Turquía y otros c. Turquía), § 41; 25 de mayo de 1998 (asunto Partido Socialista y otros c. Turquía), § 33 y 36; y 23 de septiembre de 1998 (asunto Lehideux e Isorni), § 39].

Así pues, en las circunstancias del caso resulta claro que las medidas adoptadas —secuestro de los *spots* y cuñas radiofónicas, y ulterior condena penal— perseguían «fines legítimos», es decir, buscaban amparar bienes y derechos constitucionalmente tutelados, de acuerdo «con la finalidad para la cual han sido previstos» (art. 18 C.E.D.H.).

IX. Exclusión, por falta de autonomía, de la lesión invocada del art. 24.1 C.E. en relación con el art. 20.1, a), C.E.

15. Sobre esta base, la ponderación que nos compete realizar se ha de fundar, necesariamente, en una apreciación de los hechos enjuiciados que resulte aceptable, por congruente, en recta razón, con su contenido objetivo. Contenido que, a su vez, viene definido tanto por el significado en sí del mensaje audiovisual discutido —el de sus palabras, sonidos e imágenes—, como por el contexto en que aquél tiene lugar. Sólo así se podrá verificar si las restricciones adoptadas responden a razones suficientes y, en consecuencia, si han sido razonables y, como tales, proporcionadas a los fines legítimos perseguidos [entre las más recientes, Sentencias del T.E.D.H. en los asuntos Lehideux e Isorni (§ 51), Ahmed (§ 55), Hertel (§ 46), Incal (§ 48) y Zana (§ 51)].

Precisamente sobre este particular se articulan las principales alegaciones contenidas en la demanda, que argumenta la violación de los derechos fundamentales de libertad de expresión e información, en relación con el derecho a la tutela judicial efectiva, con apoyo en que la Sentencia impugnada efectúa una interpretación irrazonable, arbitraria o manifiestamente errónea de los hechos enjuiciados. Al respecto, arguyen los recurrentes que la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo no ha tenido en cuenta el contexto en que tiene lugar el intento de difundir la «alternativa democrática», a saber: una muy grave realidad de violencia, ya existente cuando se plantea una solución negociada y una propuesta de alto el fuego, ambas contrarias, en sí mismas, a cualquier idea de amenaza o de coerción.

Como cuestión previa, hemos de señalar, de acuerdo, entre otras, con nuestra Sentencia 170/1994, que la invocación del art. 24.1 C.E. carece aquí de consistencia autónoma, porque lo que se reprocha a la Sala Segunda del T.S. no es tanto una falta de motivación o, si se quiere, el no haber exteriorizado su criterio con claridad y precisión —ámbito que sí sería propio del derecho a la tutela judicial efectiva—, cuanto una indebida ponderación de los hechos enjuiciados y del alcance constitucional de las libertades de expresión e información. Dicho lo cual, procede, sin más preámbulos, entrar derechamente a examinar si la Sala del Supremo ha apreciado los hechos reprobados de un modo razonable, por congruente con su significado real, y, en su caso, si las restricciones anudadas a esa apreciación respetan o no el contenido esencial de las libertades de expresión.

X. Constatación de cómo ha valorado la Sala Segunda el contenido de las videocintas y grabaciones, y de sus conclusiones al respecto.

16. En este sentido, importa dejar constancia de cómo ha valorado la Sala Segunda del Tribunal Supremo el contenido de las videocintas y grabaciones, cuya descripción —no cuestionada— obra en el relato de hechos probados de la Sentencia recurrida, transcrito en el antecedente segundo de la Sentencia del Tribunal Constitucional. El significado que el Tribunal Supremo atribuye al mensaje audiovisual discutido o, en sus palabras, «la realidad incontestable que exhibe la proyección de los videos...», según una normal captación y entendimiento de las imágenes por cualquier espectador medio» (fundamento jurídico 15), aparece con reiteración en su Sentencia. Entre otros, son paradigma del parecer de la Sala

Segunda del T.S. los siguientes párrafos, que pasamos a transcribir:

«La proyección de las cintas puso de relieve que, mucho más que una simple decisión de asunción y difusión por parte de H.B. de la Alternativa Democrática, lo que presentan sus imágenes y texto es la consideración de aquélla como presupuesto inexcusable de reivindicaciones de innegociable contenido, a partir de un planteamiento de lucha armada que, reforzado con la expresa exhibición de armas —especialmente ostensibles en el llamado vídeo corto o cuña electoral—, ... (deja) bien claro un mensaje “alternativo”, que se plantea en términos visuales desde una posición amenazante de este tenor: o se aceptan las propuestas de la “alternativa democrática” o aquí están nuestros instrumentos de confrontación y continuidad “negociadora”... Tal presentación... supera con crecido exceso los límites de una pura manifestación ideológica coincidente con la del grupo terrorista ETA, la cual tendría cabida en el ejercicio de la libertad de expresión como contenido de una simple reivindicación política, por más que ésta rebase la declaración programática estatutaria de la formación política que asume tales postulados» (fundamento jurídico 13).

«En la propuesta televisiva que asume la Mesa Nacional de H.B. se añade a la mera difusión de la “Alternativa Democrática”, no sólo la promoción de la parafernalia de ETA —compuesta por capuchas, emblemas y anagramas—, sino la de sus “contendentes argumentos”, que son elemento clave de tal presentación. Tales argumentos y la latente amenaza de violencia mientras no se sigan sus designios, se sobreponen a cualquier connotación de implantación democrática de dicha “alternativa” por su incompatibilidad esencial con el contenido de una “propuesta de paz”, en tanto que las armas de fuego aparecen, en su función de “partenaire” instrumental imprescindible, como reflejo de una ostensible decisión de no cesar apriorísticamente la lucha armada» (fundamento jurídico 18).

«La “propuesta de diálogo”... se formula desde una ostensible posición coercitiva en la que la presencia de las armas deja bien claro cuál es la “alternativa a la Alternativa”. Asumir tal planteamiento supone aceptar de lleno la dinámica operativa terrorista... El ofrecimiento de diálogo se mediatiza así apriorísticamente por la violencia. El mensaje visual viene a decir: o se aceptan nuestros postulados reivindicativos o continuaremos la lucha armada. Con ello, la pugna política pasa a una esfera de confrontación inadmisibles y pierde legitimidad lo que inicialmente admite postulación en el seno de un contexto democrático, transformándose en un instrumento de presión en manos de una organización, cuyas acciones, por medio del terror, tratan de imponer sus ideas o reivindicaciones» (fundamento jurídico 18).

«En el caso presente, se han traspasado las fronteras (de la confrontación política) al propiciar, sostener y participar en la difusión de la propuesta audiovisual referida mediante una cesión electoral exclusiva a través de la cual se asume la metodología terrorista como medio de implantación de reivindicaciones políticas» (fundamento jurídico 18).

«Ni siquiera invocando la prevalencia de un derecho como la libertad de expresión, y salvo que se destruyan las bases mismas de un sistema democrático cuyos cauces de exteriorización ideológica y reivindicativa han de ser siempre pacíficos, es tolerable, por muy alta que sea la dosis de per-

misividad asignada a la actividad política o por muy anchos que sean los cauces de la libertad de expresión, legitimar a su amparo las conductas de los dirigentes de una formación política por los que se hace cesión de su logística más exclusiva —cual son sus espacios electorales gratuitos en el marco de una campaña electoral que en sí misma es circunstancia socialmente relevante— para promover una organización terrorista y multiplicar la fuerza de su actividad» (fundamento jurídico 19).

«En definitiva, en el supuesto enjuiciado, los acusados cedieron a ETA mucho más que la voz y la palabra. Le cedieron, además, la imagen en un espacio electoral televisivo y gratuito para prestar incondicional apoyo a dicha organización criminal, que se propone dominar por el terror a la sociedad para imponer sus criterios a través de la sinrazón de la violencia. Dicha conducta no puede ser justificada alegando que su causa impulsiva es la coincidencia con determinadas reivindicaciones programáticas de aquélla» (fundamento jurídico 19).

Lo que antecede evidencia que el Tribunal Supremo ha valorado la conducta enjuiciada y ha expresado las razones que le llevan a concluir que dicha conducta no está amparada por las libertades de expresión e información (fundamentos jurídicos 20 y 21), a saber: de un lado, el significado real del mensaje audiovisual, claramente amenazante o conminatorio; de otro lado, el comportamiento de los recurrentes, que no sólo no se distancia de esa ostensible posición coercitiva, intrínsecamente antidemocrática, que el grupo terrorista ha sabido dar a su propuesta, sino que asume dicho *modus operandi*, es decir, el recurso a la violencia como forma de obtener sus reivindicaciones.

XI. Los hechos enjuiciados. El supuesto «reportaje neutral».

17. Una vez considerada en su conjunto y desde un punto de vista objetivo la conducta discutida, resulta incuestionable que la «alternativa» proclamada por ETA, por cuyo intento de difusión se condena a los recurrentes, sólo en apariencia era una propuesta de paz.

Veamos, en primer lugar, qué es lo que el mensaje dice. Se afirma, sí, que la intención perseguida no es otra que conseguir la paz, pero supeditando el alto el fuego, el cese de la violencia, a que el Estado democrático acate y cumpla, previamente, «las condiciones» impuestas por el grupo terrorista; hasta ese momento, persistirá la actividad armada. Este planteamiento, tal y como indiscutiblemente se formula, es totalmente opuesto a los valores que definen una sociedad democrática: nada hay más ajeno a la convivencia en paz y libertad —y al ejercicio lícito de los derechos que un Estado democrático garantiza— que cuestionar la paz y la libertad ajenas, la de la sociedad y la de cada uno de sus miembros, mediante la amenaza. Sobre el particular, resulta obligado traer a colación que, en nuestro Estado constitucional, la paz social tiene como fundamento, en lo que ahora importa, el respeto a la ley y a los derechos de los demás (art. 10.1 C.E.); de ahí que esa paz, que ha de ser defendida más que conquistada, no pueda ser auspiciada, sin grave ultraje a la Constitución, a través de la violencia armada.

Además, al sentido incontestable de las palabras del mensaje se une la explicitud de sus imágenes, que reafirman y multiplican la intensidad de la amenaza que se lanza. Así, a diferencia de lo que sucede con el llamado «vídeo largo», no cabe interpretar de otra forma la ostensible presencia de las armas en el *spot* electoral. Estamos aquí, ciertamente, ante un paradigma de lo que, en alguna ocasión, ha proclamado el T.E.D.H., a saber: «que la mayoría de las veces los medios audiovisuales

producen efectos mucho más inmediatos y poderosos que la prensa escrita, (ya que), por las imágenes, pueden transmitir mensajes que el medio escrito no está en condiciones de comunicar» (v.gr., asunto Jersild, § 31).

En definitiva, se advierte sin lugar a dudas que, en el caso, no sólo hay un mensaje que pueda incitar a la violencia, al odio o a la hostilidad, lo que de por sí ha sido reprobado en diversas ocasiones tanto por el T.E.D.H. como por nuestra propia jurisprudencia [v.gr., SSTC 176/1995, 214/1991, 20/1990 y, *mutatis mutandis*, 66/1995, 59/1990...; entre muchas, Sentencias del T.E.D.H. de 20 de marzo de 1995 (asunto Piermont, § 77); 23 de noviembre de 1994 (asunto Vereinigung demokratischer Soldaten Österreichs y Gubi, § 38), y Sentencias en los asuntos Lehideux e Isorni (§ 53) Incal (§§ 50 y 51), Partido Socialista c. Turquía (§ 52), Partido Comunista Unificado de Turquía y otros c. Turquía (§§ 56 y 57), Zana (§ 58) y Jersild (§ 35)]. Estamos, más exactamente y con mayor gravedad, si cabe, ante un mensaje en sí mismo amenazante —conmina a los electores en campaña—, restrictivo de la libertad y que parte, como premisa cierta, de la legitimidad de la actuación terrorista. No es ocioso recordar, con el T.E.D.H., que, si la libertad de expresión ni siquiera ampara la contradicción o la ambigüedad en el repudio del terrorismo [hay dichas contradicción y ambigüedad, v.gr., cuando se avala a una organización terrorista, aun desaprobando sus asesinatos, y, pese a esa desaprobación, se los califica como simples «errores» [(tal es el supuesto de hecho en el caso Zana, § 58)], *a fortiori* ese derecho fundamental tampoco cobija manifestaciones como las aquí enjuiciadas.

18. No obstante, al menos en los casos en que se busca difundir lo que otros dicen, una cosa es que el significado de la información —valga el término en sentido amplio— sea en sí reprochable y otra, muy distinta, que esa sola circunstancia justifique intromisiones en las libertades de expresión e ideológica y en el derecho a participar en los asuntos públicos. Con este propósito hay que precisar la actitud que adoptaron los recurrentes ante lo que trataban de transmitir, para comprobar si su actuación, considerada en su conjunto y desde un punto de vista objetivo, propiciaba la propagación de ideas u opiniones favorables a la causa terrorista, revisitiéndola de legitimidad, o si, por el contrario, el intento informativo estaba presidido por la buena fe, como sucedería, por ejemplo, si la conducta de los recurrentes permitiese apreciar, sin dar lugar a falsas impresiones, que se habían desvinculado del contenido violento del mensaje [v.gr., STC 200/1998, y Sentencias del T.E.D.H. en los asuntos Sidiropoulos (§ 46), Partido Socialista c. Turquía (§ 52), Partido Comunista Unificado de Turquía y otros c. Turquía (§ 58), Zana (§ 58), Jersild (§ 31), Schwabe (S. de 28 de agosto de 1992, § 34), Thorgeir Thorgeirson (§ 66) y Markt Intern Verlag GmbH y Klaus Beermann (S. de 20 de octubre de 1989, § 35 y 36)]. Y es que hemos de insistir en que los derechos reconocidos en los arts. 16.1, 20.1, a), y 23.1 C.E. amparan la defensa y difusión de cualquier postulado político o ideológico, pero siempre que quien lo afirma ni propicie ni asuma la violencia, sea ésta inherente al contenido del mensaje o sea instrumental, esto es, concebida como un medio para el logro de un fin en sí mismo lícito. Se trata, en definitiva, de que la afirmación de la violencia o el recurso a la misma conculcan un límite sustancial e infranqueable del respeto a las reglas del juego democrático y del ejercicio lícito de los derechos que la Constitución reconoce.

En la línea de este planteamiento, procede dar respuesta al que es primer y principal argumento —dicho sea en términos procesales— de la demanda. Con invo-

cación de las SSTC 159/1986 y 41/1994, apelan los recurrentes a la doctrina de este Tribunal sobre el llamado «reportaje neutral» —aun en la conciencia de que dicha doctrina se ha construido en relación con el profesional del periodismo— y sostienen que si la Constitución permite que un periodista entreviste a un portavoz de ETA y difunda luego esa entrevista, porque esa información contribuye a enriquecer la controversia política, imprescindible en una sociedad democrática, entonces con mayor razón habrán de ser amparados los partidos políticos, sus dirigentes y sus miembros, que son los protagonistas de ese debate (art. 6 C.E.).

No juzgamos admisible, en las circunstancias del caso, la pretensión de aplicar la doctrina del reportaje neutro respecto de quienes son sujetos activos de la controversia política en su máxima expresión, como acontece en el seno de una campaña electoral. En efecto, el político en campaña no actúa con la finalidad que persigue quien difunde un reportaje neutral en sentido propio, esto es, con el mero propósito de servir de cauce para exteriorizar la discrepancia (v.gr., STC 41/1994); el político en campaña pretende, ante todo, «la captación de sufragios» [art. 50.2 L.O. 5/1985, del Régimen Electoral General (L.O.R.E.G.)] y, en consecuencia, no sólo busca que los ciudadanos formen su opinión en libertad, sino que acepten el mensaje que difunde y traduzcan ese beneplácito en la dación del voto. Precisamente por la importancia que tiene la finalidad perseguida al informar, como uno de los elementos que definen el reportaje neutro, hemos dicho repetidas veces que un reportaje de contenido neutral —lo que, como veremos, tampoco es el caso— puede dejar de serlo si se le otorga unas dimensiones informativas a través de las cuales el medio contradice de hecho la función de mero transmisor del mensaje, de tal modo que haga suyo o asuma el contenido del mismo (por todas, SSTC 232/1993, 41/1994, 22/1995, 6/1996, 52/1996, 144/1998).

Pues bien, el periodista está en condiciones, por su propio cometido, de «desmarcarse» de aquello que difunde [entre muchas, señaladamente, Sentencias del T.E.D.H. de 22 de agosto de 1994 (asunto Jersild), § 31; y de 25 de junio de 1992 (asunto Thorgeir Thorgeirson), § 65-67]. Por el contrario, los dirigentes de un grupo político en campaña, cuando transmiten lo que otros dicen en un espacio electoral y, en ese mensaje, esos «otros» piden el voto para dicha agrupación, en modo alguno están en una posición de neutralidad, ni desde su condición de informantes ni desde el punto de vista del propio contenido del mensaje. Cierto que ni el reportaje neutral lo es sólo cuando consiste en una mera narración de hechos, ni deja de ser neutral por la sola circunstancia de que sea expresión de pensamientos, ideas, opiniones o juicios de valor; la neutralidad del mensaje viene dada, ante todo y sobre todo, por el sujeto que lo difunde y por el modo en que se le da difusión, esto es, habrá que ponderar si el emisor asume o hace suya la información que pretende transmitir bien por la condición que ostenta en relación con el contenido del mensaje, bien por el sesgo o tratamiento añadido que el difusor da a la información (v.gr., SSTC 232/1993, 41/1994, 52/1996, 190/1996). La conclusión en este caso es clara: estamos ante unos mensajes electorales que expresan el parecer de ETA y donde ETA pide el voto para Herri Batasuna; por su parte, el órgano ejecutivo de esa agrupación política intenta la difusión de esos mensajes por todos los medios y, entre ellos, cede al efecto sus espacios electorales gratuitos: la única deducción razonable es entender que quienes intentaron la difusión asumieron lo que pretendían divulgar, sin que pueda calificarse su posición de neutral ni por la condición de los que querían informar ni por el contenido del mensaje, que, entre otros fines, subvenía

inequívocamente al beneficio electoral del antedicho grupo político.

19. La certeza de que no estamos ante un reportaje neutral impide excluir, por esta razón, la responsabilidad que la Sala Segunda del Tribunal Supremo atribuye a los recurrentes en relación con la conducta enjuiciada. Sin embargo, determinar la conformidad o disconformidad con los arts. 16.1, 20.1, a), y 23.1 C.E. de la condena penal y del secuestro cautelar del material audiovisual exige dar un paso más, con el fin de comprobar si tales restricciones han sido necesarias en una sociedad democrática. Nos referimos, en concreto, a que, pese a descartar la aplicación al caso de nuestra doctrina sobre el reportaje neutral, resulta preciso examinar un elemento añadido, que, de concurrir, constituiría una causa exculpatoria, a saber: si la conducta de los demandantes permite apreciar que se desvincularon de la intimidación que evidencia el mensaje de ETA. Decimos esto porque el mero hecho de que los dirigentes de H.B. no estuviesen en una posición de neutralidad respecto de un mensaje que buscaba el beneficio electoral de esa coalición no permite excluir, por sí solo, que la buena fe presidiese el intento difusor de quienes ahora solicitan amparo. Nuestras conclusiones al respecto se han de sustentar, necesariamente, tanto en ciertas características de fondo y forma del mensaje, como en el contexto que rodea los hechos enjuiciados y dentro de él, de modo señalado, en algunas tomas de posición de los demandantes.

A) En primer lugar, hay que atribuir la debida importancia al hecho de que los condenados, integrantes del órgano ejecutivo de H.B., en ningún momento reprueban ni se distancian, pudiendo hacerlo, de la conminación hacia los electores que evidencian las grabaciones y videocintas. Esto se percibe con particular claridad cuando se deja que hable ETA sin añadir ni quitar nada a su mensaje (v.gr., en la videocinta de mayor duración); aboca a la misma conclusión el hecho de que, cuando Herri Batasuna interviene en la preparación del material audiovisual y, en especial, cuando elabora el «spot» electoral de dos minutos sobre la base de la segunda videocinta, se limita a presentar este anuncio electoral con una voz en «off», que dice:

«Herri Batasuna quiere ofrecer con su voz esta propuesta democrática, la propuesta de paz para el País Vasco. H.B., además de luchar por la independencia y libertad de nuestro pueblo, les cede su palabra a los que realmente ofrecen una alternativa para la paz y para la democracia, para superar el conflicto político de hoy en día así como sus manifestaciones violentas.»

Esta introducción era, sin duda, una ocasión que debió ser aprovechada para marcar la debida distancia respecto de quienes, acto seguido, hablan con el lenguaje de la violencia [con el mismo parecer, en una situación similar, el T.E.D.H. (asunto Jersild, § 34)], pues, de haber sido así, el derecho a participar en los asuntos públicos y las libertades de expresión e ideológica hubieran amparado la difusión del mensaje, y con mayor razón tratándose de dirigentes políticos en campaña electoral, supuesto en el que, como hemos dicho, los referidos derechos y libertades adquieren la máxima intensidad y se hacen acreedores de la mayor protección. Sin embargo, ese distanciamiento no tiene lugar, y menos cuando se califica la actividad terrorista como «manifestaciones violentas» de un conflicto político, es decir, como «acciones que descubren o dan a conocer» (Real Academia Española, en adelante R.A.E.) una contienda política. Debe quedar muy claro que, en un Estado democrático de Derecho, la violencia puede ser la degeneración espuria de una controversia política, pero no, sin más, una

manifestación, exteriorización o consecuencia natural de la misma.

B) Sucede, en segundo término, que esta impresión de acercamiento, de asunción íntegra de los postulados del grupo armado, se confirma en todos sus extremos al analizar el contexto en que tienen lugar los hechos enjuiciados —contexto que la Sala del Tribunal Supremo constata fehacientemente—.

Así, por una parte, no está de más recordar que, ante la decisión del Juzgado Central de Instrucción núm. 5 de la Audiencia Nacional prohibiendo la difusión del referido material audiovisual —adoptada el 16 de febrero de 1996—, la Mesa Nacional de Herri Batasuna emite un comunicado el siguiente día 20, donde abiertamente «asume la Alternativa Democrática para Euskal Herria, presentada por ETA» —calificándola como «la única propuesta política para conseguir la paz», al tiempo que niega «toda legitimidad» a la actuación judicial y policial.

Por otra parte, como consignan los apartados G) y H) del relato de hechos probados de la Sentencia recurrida [transcritos en el Antecedente 2.º de la Sentencia del Tribunal Constitucional], dos y nueve días después del comunicado de H.B. expresando su decisión de exhibir las videocintas (datado el 5 de febrero de 1996) son asesinadas dos destacadas personalidades. El mismo día de los asesinatos, ambos reivindicados por ETA, Herri Batasuna difunde sendas notas de prensa, reseñadas por la Sala Segunda del Tribunal Supremo, cuyo análisis demuestra hasta qué punto H.B. no se distanció de una violencia como la terrorista.

Según tales comunicados, los asesinatos mencionados —en palabras de H.B., «acciones armadas» serían contestaciones o «respuestas», es decir, «acciones con que uno corresponde o paga con igualdad a las de otro» (R.A.E.). Los referidos asesinatos serían también «consecuencias directas», esto es, «hechos que resultan, se siguen o traen causa inmediata de otros» (R.A.E.): en concreto, entiende H.B. que los asesinatos son el resultado directo «de la intransigencia y cerrazón del Gobierno y de las fuerzas políticas comprometidas con la estrategia de liquidación de Euskal Herria como nación». Estas constataciones evidencian que H.B. no ha rechazado la violencia terrorista, sino que la califica de «acciones armadas», de «respuestas» a un pretendido comportamiento reprobable del Gobierno legítimo de un Estado democrático y de ciertas fuerzas políticas, igualmente legítimas. De este modo, a la vez que se «hace justa» la actuación terrorista, se niega de raíz el orden democrático, garante de la libertad y de otros derechos fundamentales, y contrario, por su propia esencia, al uso de la violencia como forma de réplica ante supuestos o reales agravios y como medio para lograr los propios propósitos.

C) En definitiva: teniendo presente —como no puede ser menos— «la necesidad de encontrar un justo equilibrio entre el derecho fundamental a la libertad de expresión y el derecho legítimo de la sociedad democrática a defenderse de las conspiraciones de las organizaciones terroristas» (T.E.D.H., asunto Zana, § 55), observamos que, en el presente caso, el comportamiento enjuiciado no respeta las reglas de la democracia y, en consecuencia, no resulta amparado por la libertad de expresión. Por los mismos motivos —carácter conminatorio del mensaje y no desvinculación de la violencia— y de acuerdo con la doctrina reseñada en el núm. 12 de este Voto, tampoco cabe entender que los hechos enjuiciados constituyen ejercicio lícito de la libertad ideológica (art. 16.1 C.E.) y del derecho a participar en los asuntos públicos (art. 23.1 C.E.).

XII. Proporcionalidad de las penas impuestas, desde el prisma de la libertad de expresión, único invocado por los recurrentes.

20. Por lo demás, se impone una última observación, desde la estricta perspectiva de la libertad de expresión, sobre la proporcionalidad de la pena privativa de libertad y de las penas accesorias a que han sido condenados los recurrentes, como autores de un delito de colaboración con banda armada. Y es que importa mucho aclarar que dichas penas no pueden ser consideradas, sin más precisiones, como la medida de las restricciones impuestas en la libertad de expresión de los demandantes, porque, parafraseando al T.E.D.H., éstos «(no) se han hecho sancionar por un comportamiento únicamente relevante desde el punto de vista de la libertad de expresión» [Sentencias del T.E.D.H. en los asuntos Partido Socialista y otros c. Turquía (§ 52) y Partido Comunista Unificado de Turquía y otros (§ 58)].

En efecto, es posible que un determinado proceder no resulte cobijado por los derechos de expresión e información, siendo entonces lícita una determinada injerencia al respecto por parte de las autoridades —v.gr., la prohibición de difusión y las medidas de incautación adoptadas en el proceso penal—, y que, al mismo tiempo, ciertos aspectos de ese comportamiento puedan merecer un específico reproche penal, porque la conducta delictiva no consista sin más en la narración de sucesos o en la expresión de ideas, opiniones, juicios de valor, etcétera. Tal es, precisamente, lo que aquí acontece: como pone de relieve la Sentencia recurrida (fundamento jurídico 18), la condena penal no deriva de un intento de ejercitar la libertad de expresión transmitiendo un determinado mensaje —no amparado por esa libertad por las razones expuestas—, sino que deriva de que el modo en que ese intento se lleva a cabo «la estructura de la difusión», en palabras del Tribunal Supremo—, cediendo a una organización terrorista unos espacios electorales, exterioriza o evidencia un acto de colaboración con banda armada, que es lo que merece un reproche penal propio y distinto de la mera injerencia en la libertad de expresión. La Sentencia recurrida no sólo castiga por lo que de conminatorio tiene lo que se ha expresado, sino, fundamentalmente, por el modo de hacerlo, esto es, en colaboración con un grupo terrorista; de ahí que quepa decir, con toda propiedad, que las penas impuestas entrañan únicamente una «limitación indirecta» en la libertad de expresión.

En otros términos: la Sala sentenciadora no impone las penas como restricción necesaria en una sociedad democrática a la libertad de expresión —cual sucede, v.gr., en los llamados delitos de opinión—, sino como consecuencia del reproche que supone colaborar con un grupo terrorista mediante actos de apoyo material claramente eficientes para el logro de sus fines. Desde esta perspectiva, no cabe estimar irrazonable o desproporcionada la gravedad de las penas y, en particular, de las privativas de libertad, habida cuenta de que los hechos enjuiciados tienen un carácter intimidatorio que se proyecta universalmente sobre el espacio electoral —excede de la mera coerción individual—, constituyendo, además, colaboración con una banda armada que se dedica a realizar y materializar actos de amenaza. A lo que cabe añadir que, desde otro prisma, el de la legalidad penal (art. 25.1 C.E.), los recurrentes ni han impugnado la gravedad de las penas, ni han aducido específicamente la falta de consumación en la ejecución del delito.

XIII. Consideración de la proporcionalidad de haber incoado diligencias penales y de, en su seno, haber acordado el secuestro cautelar del material audiovisual, todo ello desde la perspectiva invocada por los recurrentes: la libertad de expresión.

21. En conexión con estas últimas observaciones, hemos de dar respuesta a dos alegaciones de la demanda que niegan la proporcionalidad de haber incoado diligencias penales y de que, en su seno, se haya adoptado, como medida cautelar, el secuestro del material audiovisual. En este sentido, los demandantes apelan a la subsidiariedad del Derecho Penal e invocan la Sentencia del T.E.D.H. de 23 de abril de 1992 (asunto Castells), cuando afirma que la posición dominante de los poderes públicos les impone mostrar moderación en el uso de la vía penal, sobre todo si existen otros medios de responder a los ataques y críticas injustificados de sus adversarios o de los *media*. En segundo término, reprueban los actores que, en virtud de las actuaciones penales, se haya acordado el secuestro de las cuñas radiofónicas y de los «spots» televisivos. Al respecto, sostienen que ese control previo ha sido en sí mismo desproporcionado, «porque existían otros medios —distintos del secuestro judicial— para responder a la difusión del vídeo de ETA: Desde la contestación a través de los medios en el debate público..., hasta la negativa de la televisión pública a emitir el vídeo o la intervención de la propia Autoridad prevista en la legislación electoral». Conviene indicar que, al propio tiempo y no sin cierta contradicción, se aduce que la condena impuesta era a todas luces innecesaria porque el control previo por los Tribunales de Justicia —antes reprobado—, impidió de hecho que la difusión pasase de ser un mero intento. De aquí concluye la demanda que «la Sentencia castiga y condena por intentar el ejercicio del derecho a informar».

A) Para empezar, el adecuado examen de las precedentes alegaciones requiere dejar constancia de que la Sentencia recurrida aclara repetidas veces que no castiga y condena por intentar el ejercicio del derecho a informar. Así, por ejemplo, en el fundamento 28, el Tribunal Supremo literalmente dice: «Lo que aquí se ha juzgado y por lo que se condena a los acusados —conviene repetirlo y recordarlo— es un acto de colaboración con ETA, concretado en la decisión adoptada por los componentes de la Mesa Nacional de H.B., en su reunión de 5 de febrero de 1996, de ceder a una organización terrorista los espacios electorales gratuitos que como formación política le correspondían, asumiendo de esta forma su contenido..., sin que quepa equiparar la conducta analizada a la de quienes, en el ejercicio de responsabilidades profesionales informativas, se limitan a recoger y reproducir como noticia la conducta que se ha producido en otro ámbito personal de responsabilidad». También a modo de muestra, se lee en el fundamento 18: «La reivindicación del hecho diferencial vasco desde la perspectiva de la autodeterminación, como fórmula política con la que obtener el reconocimiento de la libertad de decisión en torno a una definición territorial, cultural, idiomática o política, encaja como planteamiento presentable en el seno de una estructura democrática. Por tanto, no es el contenido de la llamada "alternativa democrática", en sí mismo, el que, por asunción de sus postulados, genera responsabilidad penal en nuestro ordenamiento. Ha sido la estructura de su difusión... a partir de la decisión de ceder un espacio electoral gratuito a una organización terrorista que, al igual que sus "métodos" de diálogo, cobra así específico protagonismo, lo que genera tal responsabilidad para los componentes de la Mesa Nacional de H.B. acusados de adoptar tal determinación».

A la vista de lo que antecede, decir que se ha sancionado el mero intento de ejercitar la libertad de información es paradigma del defecto argumentativo que consiste en «hacer supuesto de la cuestión». La Sala Segunda del Tribunal Supremo castiga lo que ha considerado un acto de colaboración con banda armada, que se exterioriza, entre otras manifestaciones, no en

un intento cualquiera de comunicar las reivindicaciones que una agrupación política asume aunque provengan de un tercero, sino en el propósito de difundir la llamada «alternativa democrática» a través de sus espacios electorales y en la forma en que ETA quería que se divulgase, esto es, con todo el significado que incorpora un mensaje audiovisual: el de las palabras, el de los sonidos y el de las imágenes. Pues bien, justamente la cuestión debatida —y no el supuesto de que hay que partir como premisa axiomáticamente aceptada— es si ese intento de difusión, considerado en su conjunto, constituye o no un ejercicio lícito de la libertad consagrada por el art. 20.1, a), C.E.

En este contexto es en el que corresponde examinar, desde el prisma estricto de las libertades de expresión y/o de información, la razonabilidad o no de que los tribunales ordinarios hayan acudido a la vía penal y hayan acordado el referido secuestro como medida cautelar.

B) Como hemos dicho, los recurrentes invocan el parecer del Tribunal Europeo de Derechos Humanos para sostener que, en el caso, la incoación de un proceso penal era del todo innecesaria, pues existían otros modos de responder al mensaje que se pretendía difundir. Vaya por delante que la aludida doctrina del T.E.D.H. no sólo es compartida, sino que este Tribunal ha tenido ocasión de expresar los mismos criterios, al menos desde su STC 159/1986. Ahora bien; esa doctrina, leída por entero y en su contexto, y no parcial y sesgadamente, dista mucho de abocar a la conclusión pretendida por la demanda.

En efecto, a diferencia de lo que ocurre en el presente caso, cuando el T.E.D.H. ha mencionado la necesidad de utilizar con moderación la vía penal en la restricción de conductas consistentes en la emisión de opiniones, juicios de valor o en la exposición de sucesos, lo ha hecho tras llegar a la conclusión de que las conductas enjuiciadas estaban amparadas por el art. 10 C.E.D.H. [v.gr. Sentencias de 23 de septiembre de 1998 (asunto Lehideux e Isorni); 9 de junio de 1998 (asunto Incal) y 23 de abril de 1992 (asunto Castells)] y, en algunas ocasiones, habiendo concluido, a mayor abundamiento, que esas manifestaciones podían haber sido replicadas por otras vías menos gravosas, como, por ejemplo, la incoación de procesos civiles (v.gr., asunto Lehideux e Isorni, § 57 y concordantes). En particular, ha sido determinante de la justificación de la conducta y de la ulterior reprobación del uso de la vía penal unas veces la evidente buena fe de los recurrentes (por todos, asunto Incal, § 55), y otras la circunstancia de que la legislación interna impidiese probar, en el seno del proceso penal, la veracidad de las afirmaciones y, en consecuencia, la posible buena fe del condenado (asunto Castells, § 48). Todo esto sin olvidar —como la demanda olvida— que, cuando el T.E.D.H. insta a la prudencia en la incoación de causas penales, añade, acto seguido, «que ello no quiere decir que las autoridades competentes del Estado no puedan adoptar, en su calidad de garantes del orden público, medidas penales, destinadas a reaccionar de manera adecuada y no excesiva ante declaraciones semejantes» (asuntos Castells, § 46, e Incal, § 54).

Todo lo cual nos lleva a concluir, una vez más, que la licitud y razonabilidad de haber acudido a la vía penal, dependerá, sin entrar a examinar los elementos del tipo [T.E.D.H., asunto Lehideux e Isorni, § 50, y S. de 24 de noviembre de 1994 (asunto Kemmache c. Francia, núm. 3), § 37], de si la conducta enjuiciada favorece o legitima la violencia que ejerce una organización terrorista, porque, cuando tal ocurre, como es el caso, en modo alguno cabe entender que dicha conducta está amparada por la libertad de expresión. A lo que cabe añadir que difícilmente cabía exigir de la Autoridad judicial una respuesta distinta de la apertura de diligencias

penales, cuando dicha Autoridad estimó que el material audiovisual luego intervenido, en sí mismo, esto es, con independencia de su difusión, evidenciaba indicios racionales de criminalidad. Esto entronca con la necesidad de responder a la pretendida desproporción del secuestro judicial —falta de proporcionalidad afirmada por la demanda como alegación autónoma, desconectada de la licitud o ilicitud de la conducta enjuiciada—.

C) Es cierto que, en alguna ocasión, el T.E.D.H. ha reprochado no conceder la oportunidad de rectificar el contenido del mensaje cuando se solicitaba autorización para divulgarlo [v.gr., asunto Incal, § 55 y 56, respecto de unas octavillas que, supuestamente, incitaban al odio y a la violencia mediante críticas al Gobierno]; otras veces, ese Tribunal ha concedido trascendencia, para legitimar el control previo y la no autorización de difusión, al hecho de que el autor del mensaje rechazase eliminar aquella parte de su contenido apreciada como reprehensible [v.gr., Sentencia del T.E.D.H. de 22 de octubre de 1996 (asunto Wingrove), § 13 y 64, respecto de un cortometraje de contenido blasfemo]. No obstante, en el primer caso, el T.E.D.H. estimó injustificada la condena penal recaída porque no apreció ni incitación objetiva al odio o a la violencia, ni responsabilidad de ninguna clase por parte del recurrente en relación con los problemas que suscita el terrorismo en Turquía, siendo evidente, en cambio, su buena fe, pues el actor se limitó a recabar autorización para propagar las octavillas. En el segundo caso reseñado, el Tribunal consideró que la libertad de expresión no amparaba la conducta enjuiciada, resultando probada, además, la persistencia del autor en sus pretensiones.

En el asunto Incal la rectificación preliminar del contenido del mensaje hubiera podido tener algún sentido —en la hipótesis de que su contenido hubiera sido reprochable—, porque la infracción imputada —incitación al odio y a la violencia— no llegó a materializarse. Y aun así en el bien entendido de que el propio T.E.D.H., en el caso Wingrove (§ 64), ha estimado que la prohibición total de difusión del cortometraje cuestionado era una consecuencia comprensible desde el punto y hora en que las autoridades consideraron que su divulgación constituiría una violación del Derecho Penal. Apreciación que hay que sostener, *a fortiori*, en el presente asunto, donde ha recaído condena por una conducta que la Sala del Tribunal Supremo ha entendido consumada (fundamento 25.), con independencia de la no difusión del material intervenido. De ahí que, en casos similares, el T.E.D.H. haya llegado a decir que «un principio general del Derecho, común a los Estados contratantes, permite confiscar “las cosas cuyo uso ha sido regularmente juzgado como ilícito o peligroso para el interés general”, apelando el Tribunal, acto seguido, a la necesidad de prevenir contra los perjuicios que puede ocasionar la reiteración de la infracción [v.gr., Sentencia del T.E.D.H. de 24 de mayo de 1988 (asunto Müller y otros), § 42; de 23 de agosto de 1994 (asunto Otto-Preminger-Institut), § 57; y, *mutatis mutandis*, Sentencia del T.E.D.H. de 7 de diciembre de 1976 (asunto Handyside, § 63)]. Esta última apelación resulta tanto más atendible en este caso, si se repara, de un lado, en la necesidad de proteger a la ciudadanía de lo que, *prima facie*, los Tribunales entendieron que presentaba indicios de legitimar o favorecer el interés de la causa terrorista, y si se considera, de otro lado, la naturaleza audiovisual del material intervenido, que, una vez difundido, le permite sustraerse fácilmente a toda forma de control por parte de las Autoridades (asunto Wingrove, § 63), teniendo un impacto y efectos muy superiores, por ejemplo, a los de la prensa escrita [entre otros, asunto Jersild, § 31; Decisión de la Comisión de 16 de abril de 1991 (asunto Purcell y otros c. Irlanda), D.R., 70; y, *mutatis mutandis*, Sentencia

del T.E.D.H. de 25 de agosto de 1998 (asunto Hertel), § 49].

22. Por las razones expuestas, este Tribunal no puede compartir las alegaciones de la demanda considerando desproporcionadas tanto la incoación del proceso penal como la adopción, en su seno, del secuestro reseñado. Tales restricciones han sido necesarias en una sociedad democrática y proporcionadas con el fin legítimo que perseguían (art. 18 C.E.D.H.). Han sido, pues, razonables y necesarias, en particular en un sistema jurídico como el imperante en nuestro Estado, donde los actos de expresión no están sometidos a un régimen de autorización previa (como sucedía en el supuesto de hecho enjuiciado por el T.E.D.H. en el asunto Incal), sino que tan sólo se fiscaliza, *a posteriori*, la responsabilidad, en este caso penal, que una conducta pueda llevar aparejada. Sin que sea dable, por otra parte, privar a un Estado democrático del cometido que le asiste de investigar los hechos de apariencia delictiva, reprimir la comisión de delitos y, en lo posible, evitar la reiteración en la infracción.

La anterior conclusión resulta plenamente confirmada, cuando se advierte que las injerencias adoptadas por los Tribunales ordinarios, entre otras finalidades, respondían al propósito de impedir el favorecimiento de la causa terrorista mediante la solicitud de apoyo para la misma o el intento de conferirle legitimidad [T.E.D.H., Decisión 16 de abril de 1991, asunto Purcell y otros, D.R., 70]. Intromisiones tanto más necesarias en un contexto notorio de violencia, con amenaza para la vida y la seguridad de la ciudadanía. En estas circunstancias, que los demandantes no podían ignorar, abunda en la necesidad y proporción de las injerencias el hecho de que las manifestaciones objeto de restricción eran capaces de provocar un especial impacto, agravando la situación existente, tanto por la naturaleza de los medios informativos de que pretendían servirse, como porque los recurrentes no repudiaron la violencia a pesar de desempeñar un papel políticamente relevante en una sociedad democrática (v.gr., asunto Zana, § 59 y 60). En este sentido, es claro que quien invoca las libertades y derechos reconocidos por los arts. 16.1, 20.1, a), y 23.1 C.E. asume deberes y responsabilidades (por todos, asuntos Ahmed, § 61, y Müller y otros, § 34), y si, como hemos visto, esos derechos se predicen con la máxima intensidad de quienes desempeñan una actividad política, es igualmente inconcuso su correspondiente deber de aceptar las reglas del juego político en democracia, de no intentar su transformación por medios ilegales [v.gr., SSTC 101/1983, 122/1983 y 74/1991] y «de no prevalerse (de la Constitución) para entregarse a la destrucción de los derechos y libertades que ella reconoce» [v.gr., Sentencias del T.E.D.H. en los asuntos Partido Comunista Unificado de Turquía y otros (§ 60), Partido Socialista y otros c. Turquía (§ 53), Lawless c. Irlanda (§ 7), etc.].

#### Principio de legalidad penal.

XIV. Reseña de la conducta por la que se ha condenado y de las infracciones del art. 25.1 C.E. aducidas; razones, ya apuntadas en el núm. 13, que justifican el tratamiento en este momento de la infracción denunciada del requisito de tipicidad, *ex art.* 10.2 C.E.D.H.

23. Una vez establecido que las conductas penalmente sancionadas no constituyen ejercicio lícito de las libertades ideológica, de expresión e información, ni del derecho de participación en los asuntos públicos, debemos proseguir con el estudio de las denuncias más radicales de carácter sustantivo y, a tal efecto, analizar a continuación si la Sentencia recurrida ha conculcado el principio de legalidad penal *ex art.* 25.1 C.E.

Ante todo, conviene recordar, siquiera sea sucintamente, qué conducta es la que, a juicio de la Sala Segunda del T.S., constituye un acto de colaboración con banda armada, subsumible en el tipo enunciado por el art. 174 bis, a), C.P. de 1973. Sobre la base de la conducta narrada en el apartado B) del relato de hechos probados y, complementariamente, de las acciones descritas en los apartados C), D) y E) de dicho relato (fundamento 18 de la Sentencia recurrida), el Tribunal Supremo condena la decisión de ceder espacios electorales a un grupo terrorista en conjunción con el hecho de haber asumido las imágenes claramente intimidatorias de las videocintas, «lo que supone introducir un matiz alternativo de coacción terrorista, que convierte (esa presentación electoral de la “alternativa democrática”) en delictiva» (fundamento 18). Así, la Sala Segunda, tras reconocer de forma expresa que H.B. «no necesitaba ceder a ETA sus espacios electorales gratuitos, puesto que para dicha formación política era perfectamente posible y legal proponer en dicho espacio y por sí misma tal planteamiento como fórmula política o como parte de su programa electoral», añade: «Es dicha cesión, en conjunción con las imágenes de los vídeos..., la estructura fáctica que conforma la acción de colaboración con una organización terrorista y la que, por su intencionalidad, consciencia y finalidad promocional de ETA, merece reproche penal» (fundamento 18).

Se ha de tener presente, en segundo lugar, que los motivos quinto y sexto de la demanda afirman la infracción del art. 25.1 C.E., en síntesis, con apoyo en dos consideraciones: De un lado, la vulneración del principio de tipicidad, comprendido en el derecho a la legalidad penal, dado que las conductas sancionadas se habrían subsumido en el tipo penal aplicado [art. 174 bis, a), C.P. de 1973] en virtud de una aplicación analógica *in malam partem*, a todas luces vedada por el art. 25.1 C.E.; de otro lado, con carácter subsidiario, estiman los demandantes que el Tribunal Supremo ha conculcado su derecho a la aplicación retroactiva de la norma más favorable, que afirman integrado en el art. 25.1 C.E., porque el art. 576 del Código Penal de 1995 habría excluido del tipo de «colaboración con banda armada» comportamientos como los que se les atribuyen. En este punto, y para centrar debidamente el debate, importa efectuar una observación preliminar, a saber: Que no se ha aducido en este proceso la inconstitucionalidad *per se* de la «cláusula abierta» que contiene el inciso final del art. 174 bis, a), 2, C.P. de 1973, sino que se discute el modo en que dicha cláusula debe ser interpretada y aplicada. Y es que, como señala acertadamente el Ministerio Fiscal, esta cláusula resulta legítima desde el punto de vista constitucional al darse las condiciones objetivas que la justifican, según nuestra doctrina (STC 151/1997): La imperiosa necesidad de tutela frente al terrorismo y la imposibilidad técnica de que la ley contemple un elenco de todas las posibles formas de colaboración con organizaciones terroristas.

No obstante, en congruencia con lo anunciado en el núm. 13 de este voto, debemos abordar primeramente aquel alegato de los recurrentes, sustentado en el art. 10.2 C.E.D.H., según el cual la condena impuesta vulnera su derecho a la libertad de expresión, porque tal restricción no está contemplada por una norma de un modo tal que pueda ser razonablemente prevista. Esta denuncia, ya lo hemos dicho, guarda íntima conexión con las específicas infracciones aducidas del principio de legalidad penal, de ahí, precisamente, su tratamiento en este momento, como proemio al análisis, sometido a parámetros más estrictos, de si la Sentencia recurrida vulnera o no el art. 25.1 C.E. Decimos esto porque, como acredita la jurisprudencia del T.E.D.H. que a continuación se reseñará, verificar si se ha cumplido el requisito de «previsión

legal» del art. 10.2 C.E.D.H. exige tan sólo precisar, con un juicio abstracto de probabilidad, con un análisis más formal que de fondo, si es posible anudar a una conducta una determinada restricción o sanción, a la luz de las normas vigentes y de la jurisprudencia que las interpreta, pero sin necesidad de entrar a examinar, por ejemplo, las pautas metodológicas y valorativas seguidas por los Tribunales a la hora de aplicar el precepto sancionador.

XV. Sobre la observancia de la obligación de previsión legal ex art. 10.2 C.E.D.H.

24. Ciertamente es que el art. 10.2 C.E.D.H. determina que cualquier restricción a la libertad de expresión, sea o no de naturaleza penal, esté contemplada en una norma de forma que pueda ser cabalmente prevista, según las circunstancias de cada caso, por quien se proponga manifestar ideas, opiniones, juicios de valor o, simplemente, hechos. Mas, sobre este extremo, la jurisprudencia del T.E.D.H. se muestra particularmente flexible. Así, con carácter general, se exige que la ley aplicada, que comprende el Derecho escrito y el no escrito, esté formulada con la suficiente exactitud como para permitir a las personas concernidas —rodeándose, si es preciso, del debido asesoramiento— prever de un modo razonable, según las particularidades del caso, las consecuencias que se pueden seguir de un acto determinado. En el bien entendido de que una norma que permita a su aplicador un margen de apreciación no conculca esta exigencia, a condición de que la extensión y las modalidades de ejercicio de semejante poder de apreciación se encuentren definidas con suficiente nitidez, en consideración al fin legítimo que se busca preservar, para proporcionar al individuo una protección adecuada contra la arbitrariedad [entre muchas, Sentencias del T.E.D.H. de 25 de agosto de 1998 (asunto Hertel), § 35; 22 de octubre de 1996 (asunto Wingrove), § 40; 22 de febrero de 1996 (asunto Goodwin), § 31; 13 de junio de 1995 (asunto Tolstoy Miloslavsky), § 37, y 26 de abril de 1979 (asunto Sunday Times), § 49].

En concreto, es criterio consolidado, incluso respecto de las normas penales, la frecuente imposibilidad de que las leyes, por la naturaleza misma de los supuestos que contemplan, puedan llegar a establecer una definición jurídica precisa de los mismos, no incumpliendo el requisito que implica el deber de «previsión legal» por el solo hecho de que el precepto emplee fórmulas más o menos vagas o se preste a varias interpretaciones, y ello, particularmente, en aquellos ámbitos donde las circunstancias cambian en función de la evolución de las concepciones de la sociedad. Más aún, es asimismo admitida, en congruencia con lo anterior —necesidad de evitar una rigidez excesiva de los textos legales—, la conveniencia de que los Tribunales gocen de una cierta flexibilidad exegética que permita la adaptación del Derecho a la evolución social y que, al mismo tiempo y en contrapartida, provea de la debida certeza a aquellas normas en que, por la intrínseca diversidad de las situaciones reguladas, al legislador no le es posible una exactitud absoluta sin menoscabar la protección de bienes o derechos dignos de amparo. La interpretación y aplicación de disposiciones de semejante índole, por la fuerza misma de las cosas, depende de la práctica y, en consecuencia, será el criterio jurisprudencial el que complementa y perfecciona el texto legal, dotándolo de la debida certeza [v.gr., Sentencias del T.E.D.H. de 2 de septiembre de 1998 (asunto Ahmed y otros), § 46; 25 de agosto de 1998 (asunto Hertel), § 35; 22 de octubre de 1996 (asunto Wingrove), § 42; 22 de febrero de 1996 (asunto Goodwin), § 33; 2 de septiembre de 1995 (asunto Vogt), § 48; 22 de junio de 1993 (asunto Chorherr), § 25; 25 de junio de 1992 (asunto Thorgeir Thorgeirson), § 58; 31 de agosto de 1992 (asunto Herczegfalvy), § 91; 20

de noviembre de 1989 (asunto Markt Intern Verlag GmbH y Klaus Beermann), § 30; 24 de mayo de 1988 (asunto Müller y otros), § 29; 24 de marzo de 1988 (asunto Olsson), § 61; 25 de marzo de 1985 (asunto Barthold), § 47, y 26 de abril de 1979 (asunto Sunday Times), § 49]. A lo que cabe añadir, en lógica consecuencia, que la expresada relevancia de la práctica jurisprudencial hace exigible un especial deber de diligencia en los destinatarios del precepto que establece la eventual restricción en las libertades de expresión e información: El que consiste en asesorarse convenientemente sobre si la conducta que se pretende realizar está comprendida en el ámbito de una norma prohibitiva [entre muchas, Sentencias del T.E.D.H. de 2 de septiembre de 1998 (asunto Ahmed y otros), § 46 y 47; 22 de octubre de 1996 (asunto Wingrove), § 43; 23 de septiembre de 1992 (asunto Open Door y Dublin Well Woman), § 60; 22 de febrero de 1990 (asunto Groppera Radio AG y otros), § 68; 20 de noviembre de 1989 (asunto Markt Intern Verlag GmbH y Klaus Beermann), § 30, y 24 de mayo de 1988 (asunto Müller y otros), § 29].

25. Aplicando los anteriores postulados al presente caso, corresponde ahora aclarar, tan sólo, si, *de lege lata*, era razonablemente previsible que los Tribunales pudiesen sancionar la decisión de difundir la llamada «alternativa democrática», adoptada por la Mesa Nacional de Herri Batasuna a requerimiento de la organización terrorista ETA, cediendo para ello sus espacios electorales gratuitos, televisivos y radiofónicos, en los medios públicos de difusión.

Desde la perspectiva estricta de la libertad de expresión, hay que traer a colación el tenor del art. 174 bis, a), del Código Penal de 1973, redacción de 1988, que castiga «al que obtenga, recabe o facilite cualquier acto de colaboración que favorezca la realización de las actividades o la consecución de los fines de una banda armada o de elementos terroristas o rebeldes». Y específica, acto seguido, que «en todo caso, son actos de colaboración la información o vigilancia de personas, bienes o instalaciones, la construcción, cesión o utilización de alojamientos o depósitos, la ocultación o traslados de personas integradas o vinculadas a bandas armadas o elementos terroristas o rebeldes, la organización o asistencia a prácticas de entrenamiento y cualquier otra forma de cooperación, ayuda o mediación, económica o de otro género, con las actividades de las citadas bandas o elementos».

En primer lugar, y sin perjuicio de lo que se dirá más adelante, resulta notorio que ETA es una organización terrorista especialmente peligrosa para la seguridad personal y colectiva (STC 200/1997), que, en su condición de tal, desafía la esencia misma del Estado democrático (SSTC 89/1993 y 71/1994), pues mediante el uso de la violencia, tanto indiscriminada como selectiva, pretende desestabilizar y subvertir el orden institucional y social, sin reparar en modo alguno, para el logro de sus fines, en los sufrimientos y pérdidas de vidas humanas que ocasiona.

En segundo término, es igualmente inconcuso que la necesidad de que los Estados democráticos se defiendan de la lacra terrorista ha impuesto regulaciones específicas en el ámbito de la comunidad internacional y en muchos ordenamientos estatales (STC 89/1993). En este contexto, la Ley Orgánica 3/1988 instauró el transcrito art. 174 bis, a), que ha sido objeto de una reiterada jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, en cuya virtud, ante la diversidad y virulencia de la actuación terrorista, ese precepto sanciona aquellos actos de cooperación genérica del extraño a la organización que, sin estar causalmente conectados con la producción de un resultado concreto, por tratarse de una figura delictiva

de simple actividad, se dirijan al favorecimiento de las previsible acciones del grupo, siendo preciso que exista una específica y preeminente intención de ayudar, contribuir o beneficiar las actividades o fines de la banda terrorista [v.gr., Sentencias del T.S. (2) de 20 de enero, 12 de marzo y 14 de diciembre de 1989; 24 de enero y 16 de diciembre de 1992; 26 de enero, 2 de febrero, 12 de marzo, 21 de julio y 18 de octubre de 1993; 27 de junio de 1994; 24 de febrero y 25 de noviembre de 1995]. En palabras, entre muchas, de la Sentencia del T.S. (2) de 8 de marzo de 1995:

«Este precepto —art. 174 bis, a)— deja el campo abierto al enjuiciamiento de “cualquier acto de colaboración” que favorezca a la banda armada o a sus miembros, y hace, en el párrafo segundo, una descripción enunciativa de actividades, extendiendo la tipicidad penal a “cualquier otra forma de colaboración, ayuda o mediación económica o de otro género”...; su justificación reside (como en los casos de los delitos contra la salud pública en su modalidad de tráfico de drogas) en la necesidad de defensa de bienes jurídicos tan importantes como la vida, la seguridad de las personas y la paz social (valores constitucionales de primer orden, arts. 10.1, 15 y 17 C.E.) frente a la irracionalidad de la actividad terrorista o de cualquier tipo de manifestación violenta en un Estado democrático, que no tiene cegada —por esencia— ninguna fuente de libre expresión, aunque dichas actividades no pasen de la fase preparatoria o de simple ayuda, porque la prevalencia de aquellos bienes personales y comunitarios obliga a anticipar la barrera de la protección penal.»

A la vista del tenor de la norma aplicada y de la jurisprudencia que la interpreta, anterior a los hechos enjuiciados y fácilmente accesible, no cabe duda de que los recurrentes podían haber previsto la posibilidad de que su conducta fuese objeto de una investigación criminal que culminase con una condena de esa índole. Parafraseando al T.E.D.H., «se trataba de un texto que, cobijando de un modo general diversas hipótesis de injurias —léase, en su lugar, de colaboración con banda armada—, debía forzosamente poder ser aplicado a situaciones nuevas» [Sentencia del T.E.D.H. de 23 de abril de 1992 (asunto Castells), § 37], sin que obste a esta conclusión la eventualidad de que la ley aplicada sea susceptible de más de una interpretación [Sentencia del T.E.D.H. de 2 de septiembre de 1995 (asunto Vogt), § 48]. A la dicción y ámbito que comprende el texto examinado, donde resulta particularmente clara la imposibilidad de que la Ley contemple todas las posibles formas de colaboración con organizaciones terroristas, se une el hecho de que la condición de los recurrentes —integrantes del órgano ejecutivo de una coalición política, en algún caso expertos en Derecho— no permite apreciar circunstancias que atenúen el grado de exigencia en el cumplimiento de un deber elemental de diligencia: El de consultar sobre las consecuencias que podrían derivarse de una conducta como la enjuiciada.

Por lo demás, en el caso no se discute la previsión legal de la injerencia consistente en secuestrar los «spots» electorales y las cuñas radiofónicas, acordada por el Instructor en el ejercicio de funciones que expresamente le atribuyen las leyes reguladoras del enjuiciamiento criminal tanto con carácter general como con referencia a hechos de apariencia delictiva similares a los aquí contemplados (v.gr., arts. 334, 338 y 816 L.E.Crim. y art. 3.2 L. 62/1978, de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona).

XVI. Doctrina constitucional sobre el contenido del principio de legalidad penal y sobre los límites de nuestro

control a la hora de analizar la interpretación y aplicación de los preceptos sancionadores por los órganos judiciales.

26. Para centrar debidamente el examen de las concretas infracciones del art. 25.1 C.E. que se denuncian [reseñadas en el número 23 de este Voto], bueno será recordar, en lo que al caso concierne, la doctrina sentada por este Tribunal sobre el contenido del principio de legalidad penal —en tanto que postulado fundamental— y sobre los límites de nuestro control a la hora de analizar la interpretación y aplicación de los preceptos sancionadores, llevada a cabo por los órganos judiciales.

Hemos afirmado repetidas veces (recientemente, v.gr., SSTC 137/1997, 151/1997, 232/1997, 236/1997, 67/1998 y 84/1998) que la interdicción de aplicaciones analógicas *in malam partem*, integra, junto a la exigencia de la tipificación de los ilícitos y las sanciones mediante *lex praevia, scripta, certa et stricta*, el contenido del principio de legalidad penal y el del correspondiente derecho fundamental (art. 25.1 C.E.). Recordábamos en las SSTC 137/1997, 189/1998 y 42/1999 que la garantía de tipicidad se vincula ante todo con el imperio de la ley —presupuesto de la actuación del Estado sobre bienes jurídicos de los ciudadanos—, pero también con el derecho fundamental a la seguridad (STC 62/1982), con la prohibición de la arbitrariedad y con el derecho a la objetividad e imparcialidad del juicio de los Tribunales (SSTC 133/1987, 150/1989 y 111/1993). Así, la Constitución configura el principio de legalidad en el ámbito sancionador como un principio inherente al Estado de Derecho (art. 9.3), como un derecho fundamental de las personas (art. 25.1) y como límite en la definición del estatuto y de la competencia esenciales de los Jueces y Magistrados integrantes del Poder Judicial (art. 117.1). Este principio impone, por razones de seguridad jurídica y de legitimidad democrática de la intervención punitiva, no sólo la sujeción de la jurisdicción sancionadora a los dictados de las leyes que describen ilícitos e imponen sanciones, sino la sujeción estricta, impidiendo la sanción de comportamientos no previstos en la norma correspondiente, pero similares a los que sí contempla. Como establecía la STC 75/1984, «el derecho [...] de no ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no constituyan delito o falta según la legislación vigente [...], que es garantía de la libertad de los ciudadanos, no tolera [...] la aplicación analógica *in peius* de las normas penales o, dicho en otros términos, exige su aplicación rigurosa, de manera que sólo se pueda anudar la sanción prevista a conductas que reúnen todos los elementos del tipo descrito y son objetivamente perseguibles». O, en palabras de la STC 133/1987, «el principio de legalidad [...] significa un rechazo de la analogía como fuente creadora de delitos y penas, e impide, como límite a la actividad judicial, que el Juez se convierta en legislador».

Ahora bien; lo anterior no significa, de acuerdo con doctrina consolidada de este Tribunal (SSTC 69/1989, 219/1989, 116/1993, 305/1993, 26/1994, 306/1994, 184/1995 y 151/1997), que el principio de legalidad en materia sancionadora prohíba el empleo de conceptos jurídicos indeterminados, aunque su compatibilidad con el art. 25.1 CE se subordina a la contingencia de que su concreción sea razonablemente factible en virtud de criterios lógicos, técnicos o de experiencia, que permitan prever con suficiente seguridad la naturaleza y las características esenciales de las conductas constitutivas de la infracción tipificada. Y ello en el bien entendido, con la STC 151/1997, de que admitir la compatibilidad entre el art. 25.1 C.E. y la incorporación en los tipos sancionadores de cláusulas normativas abiertas no significa que el legislador pueda valerse de forma

indiscriminada de estos conceptos, pues sólo son constitucionalmente admisibles cuando exista una fuerte necesidad de tutela, desde la perspectiva constitucional, y resulte imposible otorgarla adecuadamente en términos más precisos.

27. Establecido el contenido de este aspecto del principio de legalidad penal y precisado su fundamento teórico, conviene concretar cuál es el alcance del control que el Tribunal Constitucional puede ejercer en su aplicación y cuáles son las pautas o criterios que deben regir este control. En primer lugar, debemos advertir (por todas, SSTC 137/1997, 151/1997, 189/1998 y 42/1999) que es ajena al contenido propio de nuestra jurisdicción la interpretación última del contenido de los tipos sancionadores y la fiscalización del proceso de subsunción de los hechos probados en los preceptos aplicados. Es más, aunque en alguna medida pudiera considerarse que toda interpretación y aplicación incorrecta de un tipo sancionador puede equivaler a una sanción de conductas situadas fuera de los supuestos previstos en la norma sancionadora, dicha consideración es, en rigor, ajena a la perspectiva constitucional: No toda interpretación y aplicación incorrecta, inoportuna o inadecuada de un tipo sancionador comporta una vulneración del principio de legalidad como derecho fundamental (art. 25.1 C.E.). Y es que, desde el punto de vista del enjuiciamiento constitucional, cabe hablar de aplicación analógica *in malam partem*, vulneradora del principio de legalidad penal, cuando dicha aplicación carezca de tal modo de razonabilidad que resulte imprevisible para sus destinatarios, sea por apartamiento del tenor literal del precepto, sea por la utilización de pautas interpretativas extravagantes respecto del ordenamiento constitucional vigente. Nuestro control queda, pues, delimitado, en cuanto a su finalidad, por el objetivo de evitar que las resoluciones judiciales impidan a los ciudadanos «programar sus comportamientos sin temor a posibles condenas por actos no tipificados previamente» (STC 133/1987); y, en cuanto a los criterios o pautas de enjuiciamiento, nuestro control se ciñe a verificar si se han respetado, de un lado, el tenor de los preceptos sancionadores aplicados y, de otro, la coherencia lógica y sistemática de las pautas metodológicas y valorativas empleadas en la interpretación y aplicación de dichos preceptos.

En efecto, el derecho a la legalidad sancionadora debe partir del respeto judicial y, en su caso, administrativo a las palabras de la norma, al significado literal o textual del enunciado que transmite la proposición normativa, pues el legislador expresa el mensaje normativo con palabras y así es conocido por sus destinatarios. Este respeto no garantiza siempre una decisión sancionadora acorde con las garantías esenciales de seguridad jurídica o de interdicción de la arbitrariedad, pues, entre otros factores, el lenguaje es relativamente vago y versátil, las normas son necesariamente abstractas y se remiten implícitamente a una realidad normativa subyacente. A lo que cabe añadir que, dentro de ciertos límites (por todas, STC 111/1993), el propio legislador pueda servirse de esa flexibilidad del idioma para facilitar la adaptación de la norma a la realidad [v.gr., SSTC 62/1982 y 53/1994; por todas, Sentencias del T.E.D.H. de 24 de febrero de 1998 (asunto Larissis y otros), § 34, y 19 de abril de 1993 (asunto Kokkinakis), § 40]. Debe perseguirse, en consecuencia, algún criterio añadido que, a la vista de los valores de seguridad y de legitimidad en juego, pero también de la libertad y la competencia del Juez en la aplicación de la legalidad (SSTC 89/1983, 75/1984 y 111/1993), distinga entre las decisiones que forman parte del campo de decisión legítima de éste y las que suponen una ruptura de su sujeción a

la ley. Este criterio no puede quedar constituido por la mera interdicción de la arbitrariedad, el error patente o la manifiesta irrazonabilidad —canon de delimitación de ciertos contenidos del derecho a la tutela judicial efectiva—, pues una resolución judicial condenatoria que no adolezca de esos defectos puede, no obstante, resultar imprevisible para el ciudadano y constituir una manifestación de la ruptura del monopolio legislativo en la determinación de las conductas ilícitas.

De ahí que la validez constitucional de la aplicación de las normas sancionadoras, desde el prisma del principio de legalidad, venga dada tanto por el respeto al tenor del enunciado normativo, que marca en todo caso una zona indudable de exclusión de comportamientos, como por su conformidad con las pautas axiológicas que informan nuestro texto constitucional y con los modelos de argumentación aceptados por la teoría y la práctica jurídicas (SSTC 159/1986, 59/1990, 111/1993, 137/1997, 151/1997, 223/1997 y 42/1999). Sólo así la decisión sancionadora será previsible en el sentido antes indicado. A ese contexto de criterios y valores es al que nos hemos referido en otras ocasiones para justificar la utilización de conceptos jurídicos indeterminados en las normas sancionadoras —determinables «en virtud de criterios lógicos, técnicos o de experiencia» (SSTC 69/1989, 214/1989, 116/1993, 26/1994, 306/1994 y 184/1995)—.

Dicho de otro modo: No sólo vulneran el principio de legalidad las resoluciones sancionadoras que se sustenten en una subsunción de los hechos ajena al significado posible de los términos de la norma aplicada; son también constitucionalmente rechazables aquellas aplicaciones que, por su soporte metodológico —una argumentación ilógica o indiscutiblemente extravagante— o axiológico —una base valorativa ajena a nuestro ordenamiento constitucional—, conduzcan a soluciones esencialmente opuestas a la orientación material de la norma y, por ello, imprevisibles para sus destinatarios (v.gr., SSTC 137/1997, 151/1997, 232/1997, 56/1998 y 189/1998).

XVII. La subsunción de los hechos en el tipo por la Sala Segunda: Exégesis literal y por el contexto del precepto penal aplicado, y pautas axiológicas seguidas por el Tribunal Supremo.

28. La fiscalización, *in casu*, de si se han observado los cánones descritos en los dos números precedentes, para comprobar si ha tenido lugar o no una aplicación analógica *in malam partem* del art. 174 bis, a), C.P. de 1973 (transcrito *supra* núm. 25), exige partir de la motivación contenida al respecto en la Sentencia recurrida.

A) A la hora de justificar la subsunción de los hechos declarados probados en el tipo penal aplicado, la Sala Segunda del Tribunal Supremo parte de que los elementos rectores del tipo están integrados por dos conceptos fundamentales: «Terrorismo» y «colaboración». Una vez analizado el significado del término terrorismo, según el sentido propio de la palabra [«dominación por el terror a través de actos de violencia dirigidos a tal fin» (R.A.E.)] y en el contexto de nuestra legislación y de la normativa asumida al respecto por Sociedades democráticas (v.gr., Convenio Europeo para la represión del terrorismo), la Sentencia impugnada define el modo de obrar terrorista como «una actividad planificada que, individualmente o con la cobertura de una organización, con reiteración o aisladamente, y a través de la utilización de medios o la realización de actos destinados a crear una situación de grave inseguridad, temor social o alteración de la paz pública, tiene por finalidad subvertir total o parcialmente el orden político constituido» (fundamento jurídico 6.º). Considera la Sala del Supremo, asimismo, que la acepción más propia del término «colaboración» es la

acción y el efecto de «ayudar con otros al logro de algún fin» (R.A.E.) (fundamento jurídico 18). Sobre esta base, a la que no cabe oponer ningún reproche desde el prisma del enjuiciamiento constitucional, se analiza la decisión legislativa de sancionar «al que obtenga, recabe o facilite cualquier acto de colaboración que favorezca la realización de las actividades o la consecución de los fines de una banda armada o de elementos terroristas o rebeldes» [art. 174 bis, a). 1].

Sobre el particular, aprecia la Sala Segunda del T.S., en la línea de su precedente jurisprudencia (ejemplificada en el núm. 25 de este voto), que tanto el aplicado art. 174 bis a) C.P. de 1973 como el vigente art. 576 C.P. de 1995 «sancionan actos de cooperación *in genere* que un *extraneus* aporta a la organización ilícita, para, sin estar causalmente conectados a la producción de un resultado concreto, favorecer las actividades o los fines de un grupo terrorista sin tomar cuenta de las normales consecuencias de las acciones *intuitu personae*. Para ello describen un elenco de conductas, varias y heterogéneas, que convergen y ofrecen una nota común...: Merced a las mismas, se favorece el logro de los fines a través de la colaboración en la realización de las actividades de elementos u organizaciones terroristas, sin integrar aquella colaboración actos propios y directos de cooperación, que impliquen a sus autores en los delitos concretos llevados a término por los individuos o grupos citados» (fundamento jurídico 6.º).

El ámbito, así definido, del tipo aplicado no puede desconectarse del análisis que hace el Tribunal Supremo sobre los rasgos que lo caracterizan objetiva y subjetivamente, según jurisprudencia reiterada, como «delito autónomo, residual, de tracto sucesivo, de mera actividad y de peligro abstracto» (fundamento jurídico 22), «que sanciona conductas dolosas, informadas por una específica y preeminente intención de ayudar, contribuir o beneficiar las actividades y fines de la banda terrorista» (fundamento jurídico 23). La determinación del contenido del tipo pasa también por el examen de la estructura formal del precepto aplicado, que lleva a la Sala del Supremo a la conclusión de que el apartado segundo del art. 174 bis a) se limita a describir, «a título ejemplificador —con referencia al favorecimiento de los fines y actividades terroristas—, una serie de actividades», pero sin que ello permita desconocer la entidad autónoma del tipo, que gira en torno al concepto de colaboración expresado en el apartado primero del precepto (fundamento jurídico 5.º).

B) Desde estas premisas, reconoce la Sentencia impugnada que el delito de colaboración con banda armada se define «a través de una fórmula legal amplia, adecuada a la imaginativa dinámica de la actividad terrorista» (fundamento jurídico 22), pero que, no obstante, permite determinar con claridad cuáles son las acciones prohibidas, y máxime si en esa labor delimitadora se acude a las pautas marcadas por los valores constitucionales. En este sentido, el Tribunal Supremo sostiene que «la colaboración penalmente relevante es aquella que se proyecta sobre la actividad delictiva de los terroristas considerada en su conjunto», esto es, «que el punto de referencia adoptado para castigar la colaboración no es el delito concreto a cuya realización pueda contribuirse, sino el elemento u organización terrorista que resultan favorecidos en su actividad» (fundamento jurídico 5.º).

Esta incriminación de la cooperación genérica con los fines terroristas a través de la colaboración en la realización de sus actividades, se funda, además de en las reseñadas exégesis literal y por el contexto del tipo, «en el designio constitucional de que ninguna actividad que incluya la violencia como método de lucha política resulte homologada para participar en la vida pública.

Se garantiza así —añade la Sala sentenciadora— el pluralismo político y la libertad ideológica, como lo demuestra el dato de que el título básico incriminador del terrorismo no es su teórica finalidad política tomada aisladamente, sino la actividad violenta que los terroristas diseñan y ejercitan para alcanzar sus objetivos y el efecto social que el (terrorismo) produce, dirigido a torcer los normales mecanismos de decisión política» (fundamento jurídico 5.º). Con otras palabras, esta vez del fundamento 6.º de la Sentencia recurrida: «En un sistema democrático, la finalidad aneja a la actividad terrorista no accede al campo penal por su contenido más o menos radical de reivindicación política, sino porque su forma delictiva de exteriorización, es decir, el cauce a través del cual se pretenden alcanzar los fines... ataca, además del bien jurídico que se lesiona por la concreta actuación criminal, a la propia unidad del ordenamiento estatal, quebrantando la exclusividad de los mecanismos constitucionales que encauzan la disputa política».

C) A partir de estos postulados, la Sala del Supremo examina los hechos declarados probados en los epígrafes B), C), D) y E) del correspondiente relato (fundamentos jurídicos 18 y 19, ampliamente reseñados en el apartado 16 de este Voto) y concluye que existe responsabilidad penal de los ahora recurrentes, no por asumir las reivindicaciones políticas contenidas en la «alternativa democrática», sino por ceder a ETA los espacios electorales gratuitos para difundir un mensaje como el que hemos analizado por extenso, esto es, claramente conminatorio y, por ello, contrario al orden democrático. «Todo lo cual conforma la acción de colaboración con una organización terrorista, merecedora de reproche penal por su intencionalidad, consciencia y finalidad promocional de ETA» (fundamento jurídico 18), «al asumir la metodología terrorista como medio de implantación de reivindicaciones políticas» (fundamento jurídico 18).

XVIII. Función de este Tribunal respecto a la aplicación efectuada por la Sala Segunda del art. 174 bis, a), C.P. de 1973.

29. Frente a este planteamiento de la Sentencia recurrida, la demanda de amparo entiende que los hechos sancionados son atípicos, ante todo, porque las conductas enumeradas a modo de ejemplo en el apartado 2 del art. 174 bis a) constituyen actos de auxilio material o de auxilio personal a la organización terrorista en relación con delitos cometidos o que se vayan a cometer. En este sentido, el inciso subsiguiente a la referida enumeración de actos de colaboración («y cualquier otra forma de cooperación, ayuda o mediación, económica o de otro género, con las actividades de las citadas bandas o elementos») debe ser precisado en su amplitud, a juicio de los quejosos, por referencia al conjunto de la norma y, en particular, a la precedente relación de comportamientos colaboradores. Criterio que vendría avalado, a mayor abundamiento, por el hecho de que el vigente art. 576 habla de «cualquier otra forma equivalente de cooperación», lo que para los recurrentes significa que esas otras formas de cooperación han de tener «igual gravedad» que las conductas previamente descritas, es decir: Han de ser actuaciones de auxilio material o personal para la comisión de concretos delitos o para subvenir al quehacer de la organización que sirva de soporte a las prácticas delictivas. De esta interpretación concluyen los demandantes que la Sentencia atacada se aparta del tenor literal del precepto aplicado a la vez que efectúa una exégesis extensiva, *in malam partem*, del tipo penal.

A) Dentro de los límites de nuestro enjuiciamiento (acotados en el núm. 27), debemos rechazar estas primeras alegaciones sobre la infracción del principio de

legalidad penal. En primer lugar, porque la Sentencia atacada no efectúa una exégesis del tipo ajena al significado posible de los términos de la norma. Por el contrario, integra la mencionada «cláusula abierta» no sólo, como hacen los demandantes —aunque formalmente digan lo contrario—, por referencia a las conductas enumeradas en el apartado segundo del precepto, sino teniendo presente la definición del tipo contenida en el apartado primero, que claramente habla de «colaboración que favorezca la realización de las actividades o la consecución de los fines». La exégesis literal y sintáctica de la locución no exige, pues, entender subsumida la consecución de los fines en la realización de las concretas actividades a que se refieren los recurrentes. Por lo tanto, según el sentido propio de las palabras empleadas por el legislador (art. 3.1 C.C.), el tipo puede comprender conductas desconectadas de los concretos hechos delictivos cometidos o en preparación, siempre que sean aptas para favorecer el logro de los fines terroristas.

La Sentencia recurrida no efectúa un entendimiento extravagante de los términos del tipo cuando subsume en ellos una decisión de colaboración que se traduce en apoyo material a ETA, cooperando con su actividad de propaganda, lo que, es indudable, favorece el logro de los fines del grupo terrorista. Por esta razón la Sala Segunda del T.S. ha aplicado a los hechos probados no sólo el art. 174 bis a).1 C.P. de 1973, sino también el inciso final de su apartado 2.º, que habla de «cualquier otra forma de cooperación... con las actividades de las citadas bandas o elementos» (fundamento jurídico 18, *in limine*).

B) Ahora bien, la observancia del art. 25.1 C.E. requiere, además de una exégesis gramatical posible, dado un determinado enunciado normativo, que la aplicación del tipo sea conforme con las pautas axiológicas dimanantes de la Constitución y ajustada a modelos argumentativos aceptados por la teoría y la práctica jurídicas. Verificar la acomodación a estos parámetros de la Sentencia impugnada pasa por determinar el alcance que ésta da a la incriminación autónoma de la cooperación con los fines terroristas mediante actividades que no constituyen actuaciones de auxilio material o personal para la comisión de concretos delitos.

Es claro que, en el caso, la colaboración que se castiga no consiste en la mera adhesión ideológica a la consecución de unos determinados objetivos políticos para el País Vasco; adhesión que, por sí sola, no puede constituir delito, como mínimo *ex art.* 16.1 C.E. La cooperación con los fines de ETA que se considera delictiva ha sido aquella que consiste en facilitar o poner a su disposición medios que difícilmente podría obtener sin ayuda, cuando, añadidamente, dicha colaboración tiene lugar aceptando la metodología terrorista, es decir, el recurso a la coerción como *modus operandi*.

En particular, se ha juzgado delictiva una actividad de propaganda de ETA, asumiendo, consciente y deliberadamente, la intimidación que comporta la llamada «alternativa democrática», tal y como fue planteada por el grupo terrorista. Al respecto, no se puede dudar de que el Acuerdo de ceder los espacios electorales subviene a los fines inequívocos que persigue ETA, como, por ejemplo, darse a conocer, potenciar la fuerza de su actividad e incluso conferir legitimidad a su existencia misma y a su actividad. Pero en el bien entendido de que el matiz que convierte en penalmente reprochable la cooperación con los fines terroristas, al margen de la colaboración para la comisión de concretos delitos o para subvenir al soporte de la organización, es la asunción de los métodos violentos que caracterizan el proceder terrorista.

Con otras palabras: En el caso, es indudable que ETA trataba de subvenir a un evidente fin «promocional» —el término es de la Sentencia impugnada—, como lo demuestra el hecho de que haya remitido las videocintas con la petición expresa de que se les diese difusión. Por eso se puede decir, sin contravenir lo que dice la Sentencia de la Sala Segunda del T.S., que se ha castigado la colaboración con la actividad que ETA desarrolla al efecto de promocionarse, convirtiendo en delictiva esa colaboración la circunstancia de haber asumido el método violento con que los terroristas actúan.

En consecuencia, se aprecia, sin género de duda, que la Sentencia recurrida no incrimina el que se persigan objetivos políticos de por sí lícitos, como pueda ser la independencia del País Vasco. Lo que reprocha la Sentencia son aquellas conductas que favorecen «la dominación por el terror a través de actos de violencia dirigidos a tal fin». Conviene recordar, en este sentido, que lo que busca el terrorismo es dominar a la sociedad democrática a través de la violencia: Se puede decir entonces que el efecto del terrorismo es el peligro de subversión o la subversión misma del orden constitucional (art. 571 C.P. de 1995); se dirá también que, en el caso de ETA, su «fin último» es, por ejemplo, lograr la independencia; pero lo que no se puede desconocer, y no desconoce la Sentencia atacada, es que intrínsecamente inseparable de ese «fin último», cuando tal fin se persigue por terroristas, es el empeño en obtenerlo a través del método de la violencia. Apreciación que casa perfectamente con el significado propio y único de la expresión «fin último»: «Aquel a cuya consecución se dirigen la intención y los medios del que obra» (R.A.E.).

Desde estas premisas, el Tribunal Supremo considera merecedores de reproche penal aquellos comportamientos que, por asumir consciente y deliberadamente la violencia consustancial al proceder de un grupo terrorista, favorecen la realización de sus concretas actividades, la obtención del fin genérico al que aquéllas se preordenan (la dominación por el terror) o el logro de fines más específicos, unas y otros indisolublemente asociados a lo que la Sentencia impugnada llama «la metodología terrorista». Pues bien, este planteamiento no repugna —antes al contrario— los valores constitucionales, al tiempo que responde a un modelo de argumentación lógico y pertinente en una sociedad democrática. Se puede decir, sin exageración alguna, que la propia demanda de amparo corrobora este criterio sobre la idoneidad axiológica y argumentativa de la Sentencia con respecto al alcance del tipo, cuando, discrepando de la valoración que el material audiovisual merece al juzgador, literalmente dice (folio 131):

«Cuestión distinta sería que en el vídeo se hiciera llamamiento a la lucha armada o a la integración en ETA o se contuvieran amenazas. Ahí sí habría una aplicación de la norma [art. 174 bis a) C.P. de 1973] ajustada a sus previsiones y colaboración típica con las actividades y con la organización, siendo incardinable en ese inciso quinto [inciso final del art. 174 bis, a).2]. Pero la prueba ha acreditado la ausencia de esos significados del vídeo.»

Cabe añadir a lo anterior que la tesis defendida por la Sala Segunda del Tribunal Supremo tiene suficiente motivación y da lugar a una determinación igualmente suficiente de las conductas castigadas, de su naturaleza y características esenciales: La asunción consciente y deliberada de la conminación terrorista, expresada mediante actos eficientes para favorecer la actividad violenta que los terroristas diseñan y ejercitan, inseparable tanto de los objetivos que persiguen como del efecto social que el terrorismo produce.

30. A la luz de las precedentes consideraciones debe ser examinada aquella alegación de la demanda que estima vulnerado el art. 25.1 C.E. porque, supuestamente, la Sentencia atacada incriminaría la conducta consistente en favorecer la realización de los fines ideológicos o políticos de la organización terrorista, aisladamente considerados. Al respecto, la demanda, tras una prolija exposición (folios 118-127) sobre los precedentes legislativos del art. 174 bis, a), el debate parlamentario que precedió a su aprobación y sobre opiniones doctrinales y jurisprudenciales en torno a dicho precepto, concluye que «no es punible la actividad que tiene por objeto favorecer el “fin último” de la organización armada, sus objetivos políticos o sus propuestas reivindicativas». Al haber procedido así, la Sentencia impugnada habría obviado, de un lado, una interpretación del tipo penal ajustada a parámetros históricos, lógicos y sistemáticos; de otro lado, la Sentencia habría ignorado pautas axiológicas que informan el texto constitucional: En concreto, las que se siguen de considerar la importancia de los partidos políticos como base esencial del pluralismo político; las que derivan del valor preferente que supone el ejercicio de las libertades ideológica, de expresión, de información y del derecho a participar en los asuntos públicos, y las que derivan de la libertad, como valor superior del ordenamiento que impone una exégesis restrictiva de las normas penales.

No vamos a insistir en que las conductas enjuiciadas exceden el ámbito del lícito ejercicio de las libertades y derechos mencionados por los arts. 16.1, 20.1 a) y 23.1 C.E. Sin embargo, sí tenemos que abundar en que estas argumentaciones de la demanda se dirigen a justificar un postulado que la Sentencia impugnada no discute y que, en lógica consecuencia, tampoco constituye la *ratio decidendi* de la condena. Lo que sucede, sin más, es que las conductas incriminadas no son manifestación de una actividad política digna de tal nombre, esto es, presidida por el respeto a la libertad ajena, y ello porque tienen un carácter conminatorio que es lo que da lugar a la sanción penal. En definitiva, estos argumentos de la demanda se asientan, de un lado, sobre una discrepancia con el Tribunal sentenciador a la hora de valorar el alcance de los hechos enjuiciados, lo que por sí solo no lleva aparejada quiebra alguna del principio de legalidad penal (v.gr. STC 208/1998). Más aún: Cabe añadir que la distinción efectuada en la demanda entre actividades terroristas y fines últimos que los terroristas persiguen, ni es congruente con los valores que informan la Constitución, ni con lo que las máximas de la experiencia revelan que es el terrorismo, ni es coherente, como hemos visto, con una interpretación gramatical del tipo. En efecto, esa distinción olvida que los «fines últimos» se definen, son lo que son por referencia a los medios que se emplean para su obtención; por eso los fines últimos son lícitos cuando se persiguen lícitamente, pero no cuando su consecución o el intento de subvenir a ellos esté viciado por el recurso a la violencia. Tal es para la Sentencia impugnada el alcance del tipo penal aplicado, cuando incrimina la realización de actividades que suponen una contribución al quehacer de propaganda de ETA y a las finalidades que con él se persigan. De ahí que, para la Sentencia impugnada, lo relevante penalmente sea la conducta externa que, valiéndose de lo que comúnmente se llama «terror», subviene a la actividad o al fin terrorista, sea éste un fin genérico (la dominación por el terror de la sociedad democrática), o un fin más determinado (último o no), pero mediatizado por el recurso a la violencia, y ello con independencia de que la cooperación sea para la comisión de una conducta criminal concreta o, por mejor decir, más específica que la que consiste en asumir consciente y deliberadamente el método terrorista mediante actos eficientes para favorecer la violencia de tal signo.

En conclusión: Desde la óptica del principio constitucional de legalidad, ningún reproche puede hacerse a la interpretación efectuada del art. 174 bis a) pues no incorpora elemento alguno que no estuviera previamente contemplado en la norma, se atiene a su tenor literal —es decir, al significado posible de sus términos— y respeta la orientación material del precepto, ya que se apoya en una apreciación razonable y suficientemente fundada del interés tutelado (por todas, SSTC 181/1998 y 208/1998).

XIX. Análisis de la queja, aducida a título subsidiario, de que el Tribunal Supremo no ha aplicado retroactivamente una norma penal posterior que se pretende más favorable (art. 576 C.P. de 1995).

31. A título subsidiario, el motivo sexto de la demanda invoca de nuevo la infracción del art. 25.1 C.E., reprochando al Tribunal sentenciador la inaplicación retroactiva de una ley penal más favorable, el art. 576 del Código Penal de 1995, que, a juicio de los recurrentes, no contempla como delictiva la conducta enjuiciada. Según esta tesis, el art. 576 sería más beneficioso que el precepto efectivamente aplicado —art. 174 bis a) C.P. de 1973— no por establecer una pena menor —no se discute, tal y como razona el fundamento jurídico 4.º de la Sentencia impugnada, que el nuevo Código prevé una pena más grave—, sino porque la introducción del término «equivalente» en el inciso final del art. 576.2, inmediatamente después de ejemplificar conductas colaboradoras, permite pensar que dichas conductas, sin ser las descritas en los cuatro incisos anteriores, han de tener igual valor, eficacia o gravedad que las relacionadas a modo de ejemplo, es decir, han de consistir en actos de auxilio personal o material a la perpetración de hechos delictivos ya cometidos o en preparación.

Conviene recordar que este Tribunal ha afirmado muy reiteradamente que del art. 25.1 C.E. no resulta un derecho fundamental a la aplicación retroactiva de la ley penal más favorable, pues esa aplicación *pro praeterito* viene consagrada por el art. 9.3 C.E., que no define un derecho cuya defensa pueda ejercerse por el cauce del recurso de amparo (entre muchas, SSTC 8/1981, 15/1981, 68/1982, 51/1985, 131/1986, 177/1994 y 102/1997; AATC 470/1984, 237/1993 y 30/1998). Sin embargo, es cierto, como apunta la demanda, que no hemos descartado *a radice* la posibilidad de configurar un derecho fundamental a la aplicación de la ley penal más favorable, merced a una interpretación conjunta de los arts. 9.3 y 17.1 C.E. (v.gr., SSTC 8/1981, 5/1985 y 177/1994; AATC 470/1984, 303/1989, 237/1993 y 202/1994). Y no es menos cierto que, en ocasiones, hemos considerado lesionado el art. 25.1 C.E. cuando el juzgador rebasa de un modo patente el ámbito de libertad que le compete en la interpretación y aplicación de la norma penal, cual sucede, por ejemplo, si sanciona una conducta claramente despenalizada (STC 232/1997) o si aplica una norma penal a un supuesto expresamente excluido, «lo que supone, no una infracción cualquiera del principio de legalidad, sino su desconocimiento puro y simple» (STC 156/1996).

Ocurre, empero, que la atipicidad que los actores deducen del art. 576.2 C.P. de 1995 en absoluto se apoya en razones semejantes a las que acabamos de reseñar. Muy distintamente, predicar la «equivalencia» («la igualdad de valor, potencia o eficacia») entre las formas de cooperación que se describen y las que el tipo rector recoge en el apartado primero de los preceptos en cuestión no es sino abundar en la tesis ya expuesta en el motivo quinto; tesis que el Tribunal Supremo ha rechazado respetando, como se ha visto, las exigencias indeclinables del art. 25.1 C.E. Se dirá que, esta

vez, la insistencia en el mismo postulado se hace con apoyo en la novedad del adjetivo «equivalente». Sin embargo, no cabe desconocer que la Sala Segunda del Supremo contradice este planteamiento cuando entiende que las conductas tipificadas como delito de colaboración con banda armada son las mismas en el anterior y en el nuevo Código (fundamento jurídico 5.º). Pues bien, dada la sustancial identidad de los términos empleados por los referidos arts. 174 bis a) y 576, y verificada la conformidad con la Constitución de las pautas axiológicas y de método seguidas por el Tribunal Supremo, excederíamos claramente el ámbito propio de nuestra jurisdicción si, como se pretende, entrásemos a determinar la interpretación última del contenido de los tipos sancionadores, esto es, cuál de las exégesis posibles resulta más correcta (número 27 de este Voto). Nos ratificamos, por tanto, en que la solución adoptada por la Sala Segunda del Tribunal Supremo no se opone a la orientación material de las normas implicadas, ni coloca a sus destinatarios en una situación de incertidumbre a la hora de prever qué comportamientos merecen reproche penal.

#### Presunción de inocencia y derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable

XX. Reseña de las quejas aducidas, delimitando cuáles de ellas conciernen propiamente a los derechos ahora invocados y cuáles no.

32. Corresponde, a continuación, analizar conjuntamente las infracciones constitucionales denunciadas en los motivos tercero y cuarto de la demanda, pues, en realidad, cobijan una misma pretensión, aunque planteada desde diversas perspectivas. A juicio de los recurrentes, la Sala Segunda del Tribunal Supremo ha vulnerado los derechos a la presunción de inocencia (arts. 24.2 C.E. en relación con los arts. 6.2 C.E.D.H. y 14.1 P.I.D.C.P.), a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable (art. 24.2 C.E.), como consecuencia de la inexistencia de actividad probatoria, directa o indiciaria, que permita fundar su condena por delito de colaboración con banda armada.

Recordemos sucintamente que, según la demanda (motivo 3.º), hay una absoluta falta de pruebas sobre los hechos básicos en que se funda la condena y, en particular, sobre los siguientes: a) Que ETA hiciera llegar unos vídeos a H.B. ante la proximidad de las elecciones generales; b) que la Mesa Nacional de H.B. acordase ceder sus espacios electorales a ETA; c) que dicha Mesa Nacional encargase al Área de Comunicación la preparación de una maqueta incluyendo el segundo vídeo para ser emitido en espacios electorales; d) que a la reunión de 5 de febrero de 1996 asistieran todos los miembros de la Mesa Nacional; e) y que el vídeo remitido a distintas cadenas de televisión para ser difundido en espacios electorales contuviera un mensaje alternativo, planteado en términos visuales desde una posición amenazante. Se añade, al respecto, que la Sala del Supremo no ha explicitado los hechos probados en virtud de prueba directa, ni cuáles de ellos son la base de la posible prueba indiciaria, ni tampoco ha desarrollado un planteamiento lógico y racional para justificar, mediante un nexo causal suficiente, la relación entre los hechos acreditados y los que de ellos se infieren. A su vez, el motivo cuarto de la demanda, aparte de insistir en la falta de prueba de cargo, directa e indiciaria, sostiene que el modo en que el Tribunal sentenciador ha valorado las declaraciones de los acusados lesiona sus derechos fundamentales a no declarar contra sí mismos y a no confesarse culpables.

Antes de examinar las alegaciones reseñadas —que se detallan en los antecedentes de la Sentencia del Tribunal Constitucional—, conviene delimitar cuáles concier-

nen genuinamente a la presunción de inocencia, porque algunos argumentos contenidos en los motivos tercero y cuarto de la demanda plantean cuestiones ajenas a este derecho fundamental. Así sucede con aquellos razonamientos que tienen que ver con la subsunción de los hechos en la norma sancionadora, lo que, en su caso, podría encuadrarse en una eventual lesión del art. 25.1 C.E. (por todas, STC 3/1999), que ya hemos descartado (números 27.º a 30.º). En concreto, aceptada expresamente por los recurrentes que Herri Batasuna acordó e intentó la difusión de los vídeos remitidos por ETA, al estimar que dicha conducta era constitucionalmente legítima, las cuestiones relativas a si el envío de las videocintas —por ETA a Herri Batasuna— se hizo o no ante la proximidad de las elecciones generales de 1996, o si Herri Batasuna cedió o no sus espacios electorales a ETA, o a si el vídeo contenía un mensaje planteado desde una posición amenazante son temas que, dentro de los límites de nuestro enjuiciamiento, han sido analizados desde la perspectiva del principio de legalidad.

Con esto no queremos sino poner de manifiesto que, en lo tocante a la presunción de inocencia, lo decisivo es si las condenas recaídas se fundan en pruebas que, practicadas con las debidas garantías, aportan objetivamente elementos incriminadores, de acuerdo con las reglas de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicos. En el caso, esto se traduce, sobre todo, en la necesidad de verificar, además de la existencia y suficiencia de la actividad probatoria, la corrección constitucional de las deducciones e inferencias en que se sustenta el fallo condenatorio. Al respecto, la demanda aduce, en síntesis, que no está probado que a la reunión del 5 de febrero de 1996 concurrieran todos los miembros de la Mesa Nacional —los acusados fueron unánimes al decir que habían faltado cinco—, ni quiénes de los asistentes habían votado los acuerdos adoptados, que lo fueron por mayoría. Se dice, en este sentido, que las deducciones del Tribunal Supremo de que habían estado presentes todos y cada uno de los miembros de la Mesa Nacional, y de que todos votaron a favor de lo allí acordado, son contrarias a razón, entre otros motivos, porque se apoyan en la consideración de que las declaraciones exculporias de los recurrentes los incriminan, ignorando así la doctrina sentada por este Tribunal, por el T.E.D.H. y por el propio Tribunal Supremo en relación con los requisitos de la prueba indiciaria.

XXI. Doctrina de este Tribunal aplicable al caso sobre el contenido de los derechos fundamentales que se dicen vulnerados y sobre los límites de nuestra fiscalización.

33. El examen de las reclamaciones ahora suscitadas aconseja reseñar, siquiera sucintamente, algunos criterios especialmente trascendentes sobre el contenido de los derechos fundamentales que se dicen vulnerados y sobre los límites de nuestra fiscalización cuando se denuncia la violación de tales derechos.

A) Este Tribunal ha señalado repetidas veces, desde la STC 31/1981, que para condenar es necesaria prueba de cargo de la que quepa deducir la culpabilidad del acusado. Más concretamente: Para que una actividad probatoria permita condenar sin infringir la presunción de inocencia es preciso: 1.º Que existan verdaderas pruebas, es decir, que las diligencias probatorias se hayan practicado con las debidas garantías procesales, y que, además de existente, la prueba sea suficiente, porque aporte objetivamente elementos de incriminación respecto a la existencia del hecho punible y a la participación en él del acusado, a quien no asiste la carga de probar su inocencia; 2.º es asimismo necesario que quepa confiar en que el resultado de la prueba de cargo responde a la verdad, lo que exige su apreciación racional

por los Tribunales (por todas, SSTC 140/1985, 105/1986, 109/1986, 141/1986, 92/1987, 105/1988, 160/1988, 150/1989, 201/1989, 217/1989, 169/1990, 134/1991, 24/1992, 76/1993, 175/1993, 62/1994, 71/1994, 259/1994, 131/1997 y 173/1997). Dicho de otro modo: Cabe constatar una vulneración del derecho a la presunción de inocencia «cuando no haya pruebas de cargo válidas, es decir, cuando los órganos judiciales hayan valorado una actividad probatoria lesiva de otros derechos fundamentales o carente de garantías, o cuando no se motive el resultado de dicha valoración, o, finalmente, cuando por ilógico o insuficiente no sea razonable el *iter* discursivo que conduce de la prueba al hecho probado» (SSTC 189/1998 y 220/1998).

B) En relación con la prueba de indicios, hemos declarado de un modo constante su idoneidad para desvirtuar la presunción de inocencia siempre que reúna las siguientes condiciones: a) Que los indicios sean hechos plenamente acreditados y no meras conjeturas o sospechas; b) que entre los indicios probados y los hechos de ellos deducidos exista un enlace preciso y directo, según las reglas del criterio humano, por lo que la inferencia ha de ser lógica —v.gr., que los indicios no excluyan el hecho que de ellos se hace derivar— y concluyente —no excesivamente abierta, débil o indeterminada—, y c) que el órgano judicial explicite el razonamiento en cuya virtud, partiendo de los indicios probados, determina que el acusado realizó la conducta tipificada como delito (v.gr., SSTC 174/1985, 175/1985, 217/1989, 40/1990, 384/1993, 93/1994, 206/1994, 78/1994, 182/1995, 24/1997, 189/1998 y 220/1998). Esta última exigencia deriva también de los arts. 24.1 y 120.3 C.E., pues, de otro modo, ni la subsunción de los hechos en el tipo penal estaría fundada en Derecho ni habría manera de precisar si el proceso deductivo es arbitrario, irracional o absurdo, y, por ello, lesivo del derecho a la presunción de inocencia (por todas, STC 94/90).

En lo concerniente a las alegaciones, excusas o coartadas afirmadas por los acusados, hemos señalado que, como regla, su alcance exculpativo pertenece al ámbito de la valoración de la prueba (STC 372/1993), que compete en exclusiva a los Tribunales ordinarios. No obstante, a los efectos del caso, importa recordar los siguientes extremos: a) La versión que de los hechos ofrezca el acusado deberá ser aceptada o rechazada por el juzgador de modo razonado (SSTC 174/1985, 24/1997 y 45/1997); b) los denominados contraindicios —como, v.gr., las coartadas poco convincentes—, no deben servir para considerar al acusado culpable (SSTC 229/1988 y 24/1997), aunque sí puede ser idóneos para corroborar la convicción de culpabilidad alcanzada con apoyo en prueba directa o indiciaria, que se sumen a la falsedad o falta de credibilidad de las explicaciones dadas por el acusado (v.gr., SSTC 76/1990 y 220/1998); c) la coartada o excusa ofrecida por el acusado no tiene que ser forzosamente desvirtuada por la acusación, ya que la presunción de inocencia exige partir de la inocencia del acusado respecto de los hechos delictivos que se le imputan, pero en absoluto obliga a dar por sentada la veracidad de sus afirmaciones (v.gr., SSTC 197/1995, 36/1996 y 49/1998, y ATC 110/1990). En otras palabras: La carga de la prueba de los hechos exculpativos recae sobre la defensa.

C) Sobre el derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable se ha pronunciado este Tribunal en varias ocasiones, conformando un cuerpo de doctrina que permite afirmar la vulneración de este derecho cuando se obliga al investigado, mediante una coacción de cualquier tipo, a declarar de forma tal que exteriorice la admisión de su culpabilidad [entre las más

relevantes, SSTC 36/1983, 103/1987, 107/1987, 195/1987, 127/1992, 197/1995, 24/1997, 45/1997 y 161/1997; Sentencias del T.E.D.H. de 8 de febrero de 1996 (asunto John Murray, § 45), y 25 de febrero de 1993 (asunto Funke, § 44). En palabras de la STC 161/1997 (fundamento jurídico 6.º): «El derecho a no declarar y a no confesarse culpable supone únicamente la interdicción de la compulsión del testimonio contra uno mismo».

34. Por lo demás, cuando se alega el derecho a la presunción de inocencia, el alcance de nuestro control se ciñe a verificar si ha existido suficiente prueba de cargo respecto de los hechos imputados y de la participación del acusado en los mismos. Hemos de examinar también si esa prueba de cargo ha sido apreciada racionalmente y, en particular, si las inferencias de la actividad probatoria que hacen los Tribunales para deducir la culpabilidad —máxime cuando la prueba es indiciaria— son arbitrarias, irracionales o absurdas (v.gr., SSTC 140/1985, 175/1985, 44/1989, 65/1992, 63/1993, 133/1994, 259/1994 y 153/1997). Pero, bien entendido que el desempeño de este cometido no puede traducirse en la invasión de la esfera de competencias de los Tribunales ordinarios, lo que inevitablemente sucedería si entrásemos a examinar aquellos aspectos del juicio fáctico efectuado por el Juzgador *a quo* que dependen de su directa percepción de la actividad probatoria, y que, por ello, integran en sentido estricto el ámbito, para nosotros intangible, de la valoración de la prueba (SSTC 174/1985, 138/1992, 323/1993, 206/1994, 309/1994, 11/1995, 153/1997, 189/1998 y 220/1998, entre muchas).

En este punto, concierne especialmente al caso reparar en que nuestro control de la solidez de las inferencias efectuadas por los Tribunales ordinarios debe ser en extremo cauteloso, sobre todo cuando se lleva a cabo, no desde el canon de su lógica o coherencia, sino desde el prisma de la suficiencia o no de los indicios, esto es, de su carácter concluyente para deducir la culpabilidad del acusado. Y esto por una razón muy clara: «Son los órganos judiciales los únicos que tienen un conocimiento preciso y completo, y adquirido con suficientes garantías, del devenir y del contenido de la actividad probatoria; contenido que incluye factores derivados de la intermediación... difícilmente accesibles a este Tribunal». De ahí que, «en este ámbito de enjuiciamiento, sólo podremos afirmar que se ha vulnerado el derecho a la presunción de inocencia por falta de prueba de cargo cuando la inferencia sea tan abierta que en su seno quepa tal pluralidad de conclusiones alternativas que ninguna de ellas pueda darse por probada» (SSTC 189/1998 y 220/1998).

En estos criterios abunda la última de las Sentencias citadas (STC 220/1998), donde acabamos de destacar «la radical falta de competencia de esta jurisdicción de amparo para la valoración de la actividad probatoria practicada en un proceso penal y para la evaluación de dicha valoración conforme a criterios de calidad o de oportunidad. Ni la Constitución nos atribuye tales tareas, que no están incluidas en las de amparo del derecho a la presunción de inocencia, ni el proceso constitucional permite el conocimiento preciso y completo de la actividad probatoria, ni prevé las garantías necesarias de publicidad, oralidad, intermediación y contradicción que deben rodear dicho conocimiento para la adecuada valoración de las pruebas». Y con cita de la STC 174/1985, hemos recordado que «la función del Tribunal Constitucional, cuando se alega ante él la presunción de inocencia, es verificar si ha existido esa prueba que pueda estimarse racionalmente de cargo. En caso afirmativo no le compete revisar la valoración que de tal prueba haya rea-

lizado el juzgador en conciencia, de acuerdo con el art. 741 de la L.E.Crim., pues su jurisdicción respecto a la actuación de los Tribunales ordinarios se reduce a determinar si se han vulnerado o no las garantías constitucionales [arts. 119.3, 123.1, 161.1 b) de la Constitución y 44 y 54 de la LOTC], sin que pueda ni deba actuar como una tercera instancia" (fundamento jurídico 2.º)».

En definitiva, «lejos de la función de volver a valorar la prueba y de cotejar sus conclusiones con las alcanzadas por los órganos judiciales, nuestra misión se construye a la de supervisar externamente la razonabilidad del discurso que une la actividad probatoria y el relato fáctico resultante. En rigor, pues, la función de este Tribunal no consiste en enjuiciar el resultado alcanzado sino el control externo del razonamiento lógico seguido para llegar a él».

La conclusión obtenida en esta reciente Sentencia se expone de forma clara y rotunda al final de la misma: «Desde la perspectiva objetiva, limitada y externa que corresponde a esta jurisdicción de amparo (se trata de verificar) que de las pruebas practicadas pueda lógicamente inferirse la conclusión obtenida por el Tribunal penal. Ningún otro juicio compete en este ámbito a este Tribunal, que no es penal ni tiene intermediación respecto de la actividad probatoria, sino que lo es de amparo de derechos fundamentales, y que, carente de competencias constitucionales para la valoración de la actividad probatoria, debe ser escrupulosamente respetuoso con la exclusividad de la misma por parte de los órganos del Poder Judicial». (STC 220/1998).

35. La doctrina reseñada en el número precedente, verdaderamente determinante para el correcto enjuiciamiento del presente caso, merece alguna reflexión añadida, con el fin de poner de manifiesto, de un lado, cuáles son los límites en que se ha de mover este Tribunal a la hora de fiscalizar si se ha vulnerado la presunción de inocencia —en particular cuando esa presunción se pretende enervada sobre la base de la prueba indiciaria—, y, de otro lado, cuál es la justificación de semejante acotamiento de nuestro quehacer.

A tal efecto, es conveniente partir de la distinción, ya clásica en nuestra jurisprudencia, entre el derecho a la presunción de inocencia y el principio jurisprudencial *in dubio pro reo*. Esa distinción se efectúa con gran precisión, por todas, en la STC 44/1989 (asimismo, v.gr., STC 133/1994), cuando dice:

«Existe una diferencia sustancial entre el derecho a la presunción de inocencia, que desenvuelve su eficacia cuando existe una falta absoluta de pruebas o cuando las practicadas no reúnen las garantías procesales y el principio jurisprudencial *in dubio pro reo* que pertenece al momento de la valoración o apreciación probatoria, y que ha de juzgar cuando, concurrente aquella actividad probatoria indispensable, exista una duda racional sobre la real concurrencia de los elementos objetivos y subjetivos que integran el tipo penal de que se trate. Desde la perspectiva constitucional la diferenciación entre la presunción de inocencia y la regla *in dubio pro reo* resulta necesaria en la medida en que la presunción de inocencia ha sido configurada por el art. 24.2 de la Constitución como garantía procesal del imputado y derecho fundamental del ciudadano protegible en la vía de amparo, lo que no ocurre propiamente con la regla *in dubio pro reo*, condición o exigencia "subjetiva" del convencimiento del órgano judicial en la valoración de la prueba inculpatória existente aportada al proceso.

Es cierto que la distinción entre medio probatorio y resultado probatorio no puede ser tan radical en

cuanto que la presunción de inocencia es también una "regla de juicio" a favor de ella que obliga a decidir a favor de la presunción de inocencia cuando no existan pruebas de las que puedan deducirse la culpabilidad, esto es, pruebas de carácter inculpatório. El que ahora el principio *pro reo* pueda tener un más sólido fundamento constitucional no permite que pueda confundirse el principio *in dubio pro reo* con el derecho constitucional a la presunción de inocencia, ni tampoco convertir el proceso de amparo en una nueva instancia en que pueda discutirse el resultado valorativo de una actividad probatoria de cargo realizada en el juicio oral y con todas las garantías. Aunque sí corresponde a este Tribunal, y para la protección del derecho constitucional a la presunción de inocencia, comprobar si se ha realizado, y con las debidas garantías, una actividad probatoria "inculpatória", es decir, si ha habido pruebas de las que se pueda razonablemente deducir la culpabilidad del acusado, o más exactamente, si las inferencias lógicas de la actividad probatoria llevada a cabo por el órgano judicial no han sido arbitrarias, irracionales o absurdas (SSTC 140/1985 y 175/1985), de forma que "los hechos cuya certeza resulte de la prueba practicada acrediten la culpabilidad del acusado" (STC 174/1985).»

De lo anterior se sigue que la presunción de inocencia se conculca cuando la prueba considerada para enervarla carece objetivamente de contenido incriminatorio, pero no cuando, existiendo algún contenido incriminatorio sobre las circunstancias objetivas y/o subjetivas del hecho punible, el Tribunal ordinario no adquiere una convicción más allá de toda duda razonable sobre la culpabilidad del acusado. Este último extremo no es revisable por este Tribunal, pues afecta al *in dubio* o, si se quiere, concierne a la valoración de la prueba. En otras palabras: Un Tribunal ordinario puede y debe absolver en virtud de sus dudas sobre la culpabilidad de uno o varios acusados, aun cuando exista un mínimo probatorio de cargo suficiente para enervar la presunción de inocencia. Ahora bien, si condena en tales circunstancias —existiendo prueba de cargo, pero con dudas sobre la culpabilidad— no se puede decir, en sentido estricto, que tal condena sea contraria a la presunción de inocencia, sino que ha generado una violación del principio *in dubio pro reo*. Cuestión distinta —a la par que insólita— sería que el Tribunal ordinario, mediando prueba de cargo, exteriorizase sus dudas sobre la existencia del hecho o sobre su autoría y, no obstante, condenase. Entonces lo que habría sería una vulneración flagrante del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1), no del derecho a la presunción de inocencia.

36. La siguiente reflexión tiene que versar sobre el contenido incriminatorio exigible, ex art. 24.2 C.E., a la prueba de indicios, una vez indiscutida su aptitud y suficiencia para desvirtuar la presunción de inocencia.

En este punto, si no se quiere tergiversar la naturaleza misma de la prueba indiciaria —cuyo especial componente subjetivo ha reconocido este Tribunal (por todas, STC 256/1988)—, es absolutamente trascendente no perder de vista que el indicio, por definición, recae sobre un hecho que no es directamente determinante de la culpabilidad del acusado. Por eso se exige, para reputarlo prueba de cargo, que entre el hecho al que se refiere el contenido objetivo de la prueba y el determinante de la responsabilidad criminal «pueda establecerse», de acuerdo con las reglas de la lógica y las máximas de la experiencia, una vinculación que permita tener por cierto este último. Para apreciar el contenido incriminatorio del indicio es preciso, pues, examinar dos ele-

mentos: Uno, lo que el hecho indiciario de por sí expresa; otro, la coherencia lógica de la inferencia que de él se sigue. Ahora bien; dicho esto, sería totalmente contraproducente, por incoherente con estas características de la prueba indiciaria —comúnmente aceptadas—, efectuar un análisis del alcance incriminador del indicio de forma tal que se le exija, por sí solo, que lleve a la plena certeza «objetiva» del hecho delictivo y/o de la autoría del mismo. Incoherencia técnica que adquiriría tintes de mayor gravedad si, por añadidura, existiendo varios indicios, se examinase su virtualidad probatoria aisladamente.

Con otras palabras: El indicio, no puede, desde un punto de vista estrictamente objetivo, proporcionar una plena certeza, por ejemplo, sobre la autoría. La razón es simple: Su utilización requiere siempre de una labor deductiva o de inferencia indudablemente subjetiva. Lo que es exigible al indicio, desde el prisma de la presunción de inocencia, es que permita inferir racionalmente la culpabilidad, aun en la conciencia de que en la mayoría de las ocasiones la consecuencia extraída no sea la única posible, ni, por tanto, la única lógica. Y lo que es exigible al indicio o a una pluralidad de ellos, desde el prisma del *in dubio pro reo*, es que lleve al juzgador a fijar los hechos controvertidos con plena certeza subjetiva acerca de los mismos, cuestión ésta, obvio es decirlo, en la que este Tribunal no puede entrar, salvo, como queda dicho, desde el ámbito del art. 24.1 C.E., si, por ejemplo, un Tribunal ordinario condenase reconociendo sus dudas sobre la existencia del hecho delictivo y/o sobre su autoría.

Precisamente por congruencia con lo anterior hemos dicho que, cuando el control de la solidez de la inferencia se hace desde su suficiencia o grado de debilidad o apertura, este Tribunal tiene que ser extremadamente cauteloso, pues son los órganos judiciales los únicos que tienen un conocimiento preciso y completo del contenido de la actividad probatoria; contenido que incluye factores derivados de la intermediación, inaccesibles en esta sede (SSTC 189/1998 y 220/1998). Estas aseveraciones tienen su fundamento en que una determinada inferencia, de uno o varios indicios, no es ilógica, contraria a razón o a las máximas de la experiencia, por el hecho de que, desde un punto de vista objetivo, independiente de la posición del concreto Juez que presencia las pruebas, quepan otras inferencias igualmente ajustadas al criterio racional. Y es aquí justamente donde la cautela debe ser extrema porque, en principio y como regla, decidir cuál de las posibles inferencias es la más conveniente para ocasionar la convicción es algo que sólo compete a quien tiene que formarse esa convicción porque puede hacerlo, esto es, a quien presencia la prueba. De ahí que, en realidad, cuando se excluye como prueba de cargo un indicio porque la inferencia que de él se hace es excesivamente abierta, en rigor, lo que se debe estar diciendo es o bien que el indicio no es tal —no guarda relación «mediata» con el hecho que se entiende probado—, o bien que la expresión del fundamento racional de la inferencia —su motivación— no se ajusta a las reglas de la lógica o a las máximas de la experiencia. Ir más allá constituye una intromisión en competencias de los Tribunales ordinarios.

37. Hay que insistir en un último aspecto antes apuntado, a saber: Que la «dimensión subjetiva» de la prueba indiciaria radica en que el juzgador opta por una inferencia, entre varias posibles, como fruto de la convicción que adquiere al haber presenciado y valorado en su conjunto la prueba practicada. Dicho de otra manera y a modo de ejemplo: Cuando se contemplan varios indicios —corroborados o no por contraindicios— para determinar la autoría de un hecho delictivo, no hay tantas

inferencias como elementos probatorios han sido considerados: La deducción es única y fruto de la apreciación en conciencia de la entera prueba obrante en autos (art. 741 L.E.Crim.). Esto pone de manifiesto que enjuiciar, *ex art. 24.2 C.E.*, la racionalidad de la inferencia única sobre la base del examen individualizado de los distintos elementos probatorios es, de un lado, contrario a una muy reiterada doctrina de este Tribunal (por citar un ejemplo reciente, STC 181/1998, fundamento jurídico 7.º, *in fine*), pero sobre todo significa contrariar la esencia misma de la prueba indiciaria cuando ésta se compone de una pluralidad de indicios. En efecto, al proceder así se está juzgando la racionalidad de la deducción efectuada sobre la base de una premisa fáctica, la indiciaria, sencillamente irreal, porque es distinta de la que ha tenido en cuenta el Tribunal ordinario. Máxime si se repara en que cuando un Tribunal de Justicia contempla varios indicios para fundar la consecuencia que de ellos extrae es, sencillamente, porque no entiende suficiente uno solo para considerar fijado el hecho probado, de acuerdo con las máximas de la experiencia.

Y todavía cabe añadir, aunque en apariencia pudiera resultar paradójico, que nuestro control de la solidez de la inferencia desde el punto de vista de su excesiva apertura o debilidad debe ser más cauteloso aún, hasta el punto de acomodarla estrictamente a un juicio de coherencia lógica y de conformidad con las máximas de la experiencia, cuando el Tribunal ordinario infiere sobre la base de varios indicios y no de uno aislado. Esto se explica porque, en tales supuestos —sin duda, los más frecuentes—, la mencionada «dimensión subjetiva de la prueba indiciaria» es máxima, tanto porque la inmediatez recae sobre una pluralidad de elementos, como porque la motivación de la inferencia —que, no se olvide, es única— se dificulta en su exteriorización —roza la infabilidad— cuando trae causa de varios hechos indiciarios que, si bien han de guardar relación mediata con el hecho probado, de ordinario lo harán desde distintas perspectivas, ninguna de ellas, por sí sola, determinante de la plena certeza del hecho que se reputa acreditado.

Sin ánimo de exhaustividad, éstas son algunas de las premisas que, arraigadas en nuestra doctrina, en mi modesta opinión, deben informar el quehacer de este Tribunal cuando fiscaliza la salvaguarda de la presunción de inocencia por los Tribunales integrantes del Poder Judicial, preservando al propio tiempo su ámbito exclusivo de competencias.

XXII. Acervo probatorio de que se ha valido el Tribunal Supremo para condenar.

38. La aplicación de la doctrina reseñada al presente caso exige reparar en que el Tribunal Supremo ha basado su condena en pruebas directas, que enumera en el fundamento jurídico 12 (cintas de vídeo, cuña electoral, declaraciones de los acusados, distintas declaraciones testificales, informes periciales y resto de la prueba documental), y en la de indicios, dejando constancia clara y detallada tanto de la valoración que le merecen las distintas pruebas, como del razonamiento en cuya virtud, partiendo de los indicios probados, concluye que los acusados realizaron la conducta tipificada.

Así, el fundamento 13 reseña el poder de convicción atribuido a las videocintas, que fueron reproducidas en el juicio oral; el fundamento 14, en relación con la testifical propuesta por la defensa, razona la conclusión de que dichos testimonios no aportaron ningún dato relevante respecto del hecho nuclear de la conducta enjuiciada; al tiempo que, en el fundamento 15, el Tribunal explica sus discrepancias con las inferencias a que llega la pericia semiótico-comunicativa, practicada a instancia de la defensa y debidamente ratificada en el acto del juicio oral.

Por lo que se refiere a las declaraciones de los acusados, la Sentencia analiza su alcance y significado probatorio desde una doble perspectiva: Su eficacia exculpatoria y su idoneidad como prueba de cargo (fundamentos 16, 17, 26 y 27).

En cuanto a lo primero, el Tribunal Supremo considera totalmente inverosímil la tesis de que la remisión de los vídeos a la televisión habría sido decisión única del fallecido señor Sampedro, que era miembro de la Mesa Nacional y encargado del Área de Comunicación de H.B. cuando tuvieron lugar los hechos enjuiciados (fundamento jurídico 26). Asimismo, la Sala Segunda del Tribunal Supremo aprecia un «altísimo grado de incredibilidad» en las declaraciones de los acusados que atañen a su propia conducta y a la de sus compañeros en la Mesa Nacional. Entre otros razonamientos (v.gr., los contenidos en el fundamento jurídico 17), sostiene la Sala: «En el desarrollo de un estandarizado e isocrono interrogatorio, común a todos ellos, las contestaciones a determinados extremos fácticos —como son los relativos al número de asistentes a la reunión del 5 de febrero de 1996 de la Mesa Nacional de H.B. o al carácter unánime o mayoritario del acuerdo allí adoptado— no pasan de ser sino respuestas lineales de concisa unanimidad monosilábica, ausentes de todo matiz explicativo o modulación diferencial, lo que pone de relieve que responden a una legítima estrategia defensiva previamente diseñada. Incluso cabe apreciar que algunas expresiones utilizadas por los acusados, pese a su contenido genérico, se acomodan al tiempo, número y modo de los verbos sugerentemente empleados por los encargados de los interrogatorios. Tal sospechosa coincidencia ofrece visos de nula verosimilitud a cualquier espectador objetivo por poco perspicaz que sea, aunque, en ejercicio del derecho de defensa, sea perfectamente admisible» (fundamento 27).

La referida incredibilidad de las declaraciones de los acusados lleva al Tribunal Supremo a reputarlas como corroboradoras de su participación en los hechos incriminados. En concreto, la asistencia de todos los recurrentes a la reunión de la Mesa Nacional celebrada el día 5 de febrero de 1996, en la que se acordó difundir como *spot* electoral las videocintas remitidas por ETA, la deduce el Tribunal Supremo de una valoración conjunta de la prueba practicada, si bien, en lo que atañe a las declaraciones de los acusados, especifica que «la utilización de un lenguaje ambiguo, ambivalente y difuso en lo incriminatorio, olvidadizo e impreciso en lo que podría perjudicar, pero concretísimo y contundente en lo que creen les puede favorecer, nos lleva a una valoración de tales declaraciones no coincidente con los efectos perseguidos por las mismas». A lo que añade, poco después, que «de la respuesta literal y uniforme (“faltaron cinco”) manifestada por todos los inculcados, puede deducirse que todos los que la han utilizado estaban presentes en la reunión de la Mesa Nacional de H.B. del día 5 de febrero de 1996, pues si no fuera así alguno hubiera dicho “faltamos cinco” para evidenciar que entre los ausentes estaba el declarante» (fundamento 27).

En lo relativo a las manifestaciones sobre la adopción de los acuerdos por mayoría, como alegaron los recurrentes, y no por unanimidad, el Tribunal Supremo afirma «que se trata, sin duda, de una genérica afirmación sin acreditación individualizada de los votos disidentes de quienes refieren tal circunstancia, máxime si es cierta la declaración del señor Araiz Flamarique, según la cual se llevaba un Libro de Actas, pues su simple exhibición —sólo posible por voluntad de los acusados— hubiera asignado credibilidad al mismo» (fundamento 27).

Con todo, la Sala sentenciadora advierte que «no es sólo la detección de tales impropiedades e incongruencias la razón única del rechazo de la credibilidad de

dichos testimonios. El dato que tal comportamiento representa es uno más en el elenco integrado, además de por la declaración del acusado señor Araiz Flamarique, por el contenido (de los Estatutos de H.B.) ya referido —v.gr., fundamento jurídico 26—, y por el de los documentos de fechas 5 de febrero de 1996, 16 de febrero de 1996 y 20 de febrero de 1996, reseñados en los hechos probados, y por las actuaciones posteriores al 5 de febrero de 1996, también reflejadas en el relato fáctico en su apartado E) y relativas al vídeo censurado. Es con base en ese conjunto probatorio —al que hay que añadir las evidencias videográficas—, como cobra potencialidad incriminatoria dicha evaluación en una consustancial conmixción acreditativa, suficiente para destruir la presunción de inocencia de los acusados» (fundamento 27).

Unase a lo anterior que no consta el menor indicio de que los acusados hayan sido compelidos a prestar declaración. Tan es así que, como recuerda el fundamento 16 de la Sentencia impugnada, con excepción de uno de ellos, los demás acusados únicamente respondieron en el plenario a las preguntas de sus Letrados, después de que también se hubiesen negado a declarar en la fase de instrucción. Solamente el señor Araiz Flamarique aceptó contestar a algunas de las preguntas formuladas por el Ministerio Fiscal, negándose a responder al interrogatorio de las otras acusaciones.

En definitiva, el Tribunal Supremo ha entendido que está plenamente demostrada tanto la existencia del hecho típico de colaboración con banda armada, como que dicha colaboración fue realizada por la Mesa Nacional de Herri Batasuna. La determinación de la culpabilidad individual arranca, pues, de un indicio totalmente confirmado, a saber: Que el delito es imputable a la referida Mesa Nacional, de la que formaban parte todos los acusados. Lo que hace la Sentencia impugnada es corroborar ese indicio sobre la base, de un lado, del contraindicio que suponen las respuestas evasivas, inverosímiles y «altamente increíbles» de los acusados; y, de otro lado, la Sentencia recurrida ratifica la culpabilidad que se sigue de ese indicio, absolutamente acreditado, a través de los silencios de los acusados, esto es, de la falta de explicaciones que por su posición —miembros de la Mesa Nacional de H.B.— debían dar y no dieron, ante la gravedad de las acusaciones y la intensidad de la prueba de cargo.

XXIV. Conclusión: El Tribunal Supremo no violó el derecho a la presunción de inocencia.

39. A la luz de lo que antecede y en aplicación de nuestra doctrina, antes reseñada, hay que concluir que carece de fundamento la alegada infracción del derecho a la presunción de inocencia. En efecto, admitido que las diligencias probatorias se han practicado con las debidas garantías, sucede, como a continuación se verá, que el Tribunal Supremo ha razonado debidamente la participación de los recurrentes en el delito de colaboración con banda armada, pues, a la vez que explicita las pruebas en que funda su convicción, efectúa una valoración conjunta del acervo probatorio e infiere de los indicios unas consecuencias que en modo alguno pueden calificarse de arbitrarias, irracionales o absurdas.

A) En este punto, importa destacar, ante todo, que la mayor parte de las alegaciones de la demanda discuten, más que la existencia de prueba y su validez constitucional, la valoración que de la misma ha hecho la Sala Segunda del Supremo, olvidando, por añadidura, que no cabe invocar con éxito el derecho a la presunción de inocencia para desmenuzar o dilucidar cada elemento probatorio (v.gr., SSTC 105/1983, 4/1986 y ATC 180/1991). Al fin y a la postre, tal pretensión, además

de ignorar que la prueba en el proceso penal ha de ser objeto de una valoración o consideración global, desconoce que «este Tribunal no puede fragmentar el resultado probatorio ni averiguar qué prueba practicada es el soporte de cada hecho declarado probado por el Juez penal: Tal operación, que tendría mucho de taumatúrgica, no es posible ni psíquicamente... —el órgano judicial penal valora en conjunto la prueba practicada con independencia del valor que cada Magistrado otorgue a cada prueba—, ni estaría autorizada por nuestra Ley Orgánica [art. 44.1 b)], ni sería compatible con la naturaleza de la jurisdicción constitucional» (v.gr., SSTC 20/1987 y 181/1998; ATC 195/1991).

B) En segundo lugar, este Ponente aprecia que es rotunda la prueba de cargo relativa a la existencia del hecho sancionado. Está plenamente demostrado, por prueba directa, que ha habido una conducta de colaboración con ETA, pues, partiendo de la existencia indubitada de las videocintas y de las cuñas electorales, es inconcuso el hecho de su remisión a los medios públicos de difusión, a S.M. el Rey y al Presidente del Gobierno. En este sentido, la Sentencia juzga igualmente acreditado, de nuevo sobre la base de prueba directa, que la Mesa Nacional de H.B. asumió el integral contenido de las cintas donde ETA expresaba la llamada «alternativa democrática» y acordó su remisión a las más altas autoridades del Estado. Así resulta, destacadamente, de los comunicados de la Mesa Nacional de 16 y 20 de febrero de 1996 y de la declaración del acusado, señor Araiz Flamarique.

Por lo demás, es perfectamente fundada la apreciación por la Sala Segunda del T.S. de que la cesión de los espacios electorales le es imputable a la Mesa Nacional de Herri Batasuna en cuanto tal, y no, como adujeron los recurrentes en sus declaraciones, al Área de Comunicación de dicha coalición.

El Tribunal Supremo entiende probado este extremo, de un lado, sobre la base de los Estatutos de Herri Batasuna (arts. 3, 14 y 15), coalición que, a diferencia de lo que sucede con otras formaciones políticas, no cuenta con un Secretario o Coordinador general, sino que el órgano directivo de la formación, con las competencias, funciones y capacidad ejecutiva descritas en los referidos preceptos, es la Mesa Nacional. De otro lado, repara la Sala Segunda del T.S. en los comunicados de la propia Mesa Nacional —16 y 20 de febrero de 1996— y en el de su Área de Comunicación —5 de febrero de 1996—, subsiguiente a la reunión de esa misma fecha de la Mesa Nacional, que acreditan tanto la asunción íntegra de la «alternativa democrática», como su decisión de difundirla con la máxima intensidad. La fuerza probatoria de tales indicios, plenamente demostrados, permite inferir, conforme a las reglas del entendimiento humano y de un modo suficientemente concluyente, que la cesión de los espacios electorales es imputable a la referida Mesa, sin que «ni siquiera alcance el carácter de coartada» (fundamento 27) la pretensión, sostenida únicamente con apoyo en las declaraciones de los acusados, de que la responsabilidad de tal decisión correspondió en exclusiva al fallecido señor Samp Pedro, encargado por aquel entonces del Área de Comunicación de H.B. Consecuente con este planteamiento es aquella apreciación de la Sentencia impugnada, según la cual no considera razonables ni verosímiles las afirmaciones de que el responsable del Área de Comunicación «dispuso, sin control alguno y sin que el aparato ejecutivo de la coalición necesitare conocer visualmente el contenido de los vídeos enviados por ETA, la confección de cuñas electorales con base en dichas cintas y la cesión de unos espacios gratuitos en período electoral» (fundamento 27).

C) La ulterior determinación de la responsabilidad individual arranca, para la Sala Segunda del T.S., de la siguiente base: Que el hecho delictivo ha sido cometido, indiscutiblemente, por la Mesa Nacional de Herri Batasuna. A partir de aquí, el Tribunal Supremo considera probada la participación de todos los recurrentes en la formación de la voluntad de tal órgano colegiado mediante deducciones que, atendido el conjunto de las circunstancias del caso, respetan los requisitos y límites de la prueba indiciaria.

En efecto, una vez establecida la comisión del hecho típico por la Mesa Nacional mediante una prueba de cargo suficiente y practicada con todas las garantías, es evidente que los recurrentes, en cuanto miembros individuales de ese órgano colegiado y ante la seriedad de los cargos y de la prueba aportada por la acusación, estaban en una situación que demandaba una explicación por su parte. Sin embargo, tales explicaciones, cuando tienen lugar —a excepción del señor Araiz Flamarique, únicamente en respuesta a los Letrados de la defensa—, no sólo son juzgadas inverosímiles por la Sala Segunda del T.S., sino que, además, el Tribunal sentenciador entendió que «la altísima incredibilidad» de esas declaraciones, amén de los silencios de los acusados, corroboraban su convicción de culpabilidad, alcanzada en una valoración conjunta del acervo probatorio, de la prueba directa e indiciaria obrante en la causa.

Sobre el particular, destaca la Sala del T.S. que ninguno de los acusados negó su presencia en la reunión de 5 de febrero de 1996 —donde se acordó la cesión de los espacios electorales para difundir la «alternativa democrática» remitida por ETA—, sino que se limitaron a decir que «faltaron cinco», sin especificar ni una sola vez en quién concurría la condición de ausente. Asimismo, pese a la afirmación del señor Araiz Flamarique de que se llevaba un Libro de Actas de las reuniones de la Mesa Nacional, no hubo la menor acreditación sobre la existencia de algún voto disidente, ni ninguna declaración que afirmase tal disidencia en referencia a persona concreta. Por último, repara la Sala Segunda del T.S. en un documento de la Mesa Nacional elaborado y difundido cuando ya todos y cada uno de sus componentes conocían el inicio de las diligencias judiciales que dieron lugar a su condena, a saber: El comunicado de 20 de febrero de 1996, no impugnado, en el que la Mesa Nacional asume «de modo colectivo todas las consecuencias represivas, penales o policiales, que se deriven de la censura política adoptada por el Estado español. A tales efectos, la representación legal de nuestra formación política queda ostentada explícitamente por todos y cada uno de los miembros de esta Mesa Nacional, como se explicita en documento adjunto».

D) En estas circunstancias, confirmamos que las deducciones hechas por el Tribunal Supremo para considerar probada la participación de todos los recurrentes respetan los requisitos y límites de la prueba indiciaria. Como queda dicho, para que este tipo de prueba pueda desvirtuar la presunción de inocencia es necesario que los indicios sean hechos plenamente demostrados y que el órgano judicial explicita el razonamiento en virtud del cual, partiendo de los indicios probados, concluye que los acusados realizaron la conducta delictiva.

Pues bien, en el caso existen hechos totalmente confirmados —«evidencias incriminatorias», según el fundamento 11 de la Sentencia recurrida—, tales como la celebración de la reunión de la Mesa Nacional de Herri Batasuna, la adopción por ésta del acuerdo de difundir el contenido de los vídeos, la cuña electoral televisiva y su remisión a las televisiones públicas, el envío de las videocintas a S.M. el Rey y al Presidente del Gobierno, los comunicados de 5, 16 y 20 de febrero de 1996, etcétera. Además de estos hechos incontestables, la Sala

del Supremo ha valorado los silencios de los acusados y sus propias declaraciones autoexculpatorias, que juzga inverosímiles por razones que nada tienen de ilógicas o contrarias a razón, para concluir en la participación de todos ellos en la conducta delictiva. Esta deducción, tal y como la motiva el Tribunal, ni contraviene el derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, ni vulnera la presunción de inocencia. La Sala sentenciadora ha entendido que la incredibilidad de las declaraciones de los acusados junto con la falta de explicaciones convincentes acerca de su comportamiento —explicaciones que venían requeridas por la intensidad de las evidencias incriminadoras—, confirman la participación de todos los acusados en unos hechos inobjetable: La decisión de la Mesa Nacional de Herri Bata-suna de emitir, como mensaje electoral, los vídeos remitidos por ETA en los que se hacía pública la llamada «alternativa democrática».

No se puede decir, por tanto, que la condena se haya fundado exclusiva o sustancialmente en el silencio de los acusados o en su negativa a deponer, desplazando la carga de la prueba de la acusación a la defensa. Se trata, distintamente, de que la legítima estrategia defensiva seguida por los entonces acusados, que puede ser valorada por el Tribunal sentenciador —T.E.D.H., asunto John Murray, § 54—, dio lugar a contraindicios que han servido para confirmar la culpabilidad que se sigue de la prueba indiciaria mediante deducciones suficientemente lógicas y concluyentes (casos señeros de lo que decimos se observan, entre muchas, en nuestras SSTC 256/1988, 107/1989, 94/1990, 384/1993, 206/1994; y en los AATC 498/1988, 1.290/1988 y 110/1990). En palabras de nuestra STC 24/1997, «es el contraindicio —al que se une en el presente caso la valoración de los silencios— convertido en componente de la prueba indiciaria» (fundamento jurídico 4.º). No ha habido, pues, inversión alguna de la carga de la prueba; por el contrario, han existido evidencias directas que demandaban una explicación que los acusados debían estar en condiciones de dar —en cuanto miembros del órgano directivo que acordó la actuación delictiva—, y que no sólo no dieron, sino que sus silencios y la inconsistencia e incredibilidad de sus manifestaciones (T.E.D.H., asunto John Murray, § 47, 50, 51 y 54) corroboraron la prueba en su contra.

La condena trae causa, pues, de una prueba de cargo existente, suficiente y valorada de forma coherente con las reglas del criterio humano, sin dar lugar a inferencias débiles, indeterminadas o excesivamente abiertas. En consecuencia, la Sentencia recurrida ni vulnera el derecho a la presunción de inocencia, ni infringe el derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, máxime, en este último caso, cuando no ha habido compulsión alguna sobre los ahora demandantes, que en todo momento han visto respetado su derecho a guardar silencio.

La conclusión a que llegué en mi Ponencia, y que presenté al Pleno como parte dispositiva o «fallo» de la Sentencia que nos correspondía dictar, era que procedía desestimar el recurso de amparo, ya que ni la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 29 de noviembre de 1997, ni los Autos también recurridos, habían incurrido en las violaciones de derechos fundamentales que se denuncian en la demanda de amparo. Como se recoge en el Antecedente 17 de la Sentencia de la mayoría, mi posición quedó en minoría, asumiendo la Ponencia otro Magistrado.

B) Mi discrepancia de la fundamentación jurídica de la Sentencia relativa a la violación del derecho a la legalidad penal (art. 25.1 C.E.).

1. Mi discrepancia con la *ratio decidendi* de la Sentencia —la desproporción punitiva del precepto aplicado: art. 174 bis a) C.P. de 1973, cuya redacción última data de 1988, se asienta en la propia doctrina de este Tribunal, que, dicho sea con todo respeto hacia el criterio de la mayoría, aunque fue invocada (fundamentos jurídicos 22 y 23), no ha sido, en mi opinión, correctamente aplicada.

Como premisas de lo que a continuación diré, y sin ánimo de incurrir en reiteraciones innecesarias, destacaré los siguientes extremos de nuestra doctrina sobre el principio de proporcionalidad:

1.º El principio de proporcionalidad no puede invocarse ante este Tribunal de forma autónoma y aislada, para analizar en abstracto si una actuación de un poder público resulta desproporcionada o no. La desproporción aducida ha de afectar a derechos fundamentales y, eventualmente, a otros preceptos constitucionales. En palabras de la STC 55/1996 (fundamento jurídico 3.º):

«El ámbito en el que normalmente y de forma muy particular resulta aplicable el principio de proporcionalidad es el de los derechos fundamentales. Así ha venido reconociéndolo este Tribunal en numerosas Sentencias en las que se ha declarado que la desproporción entre el fin perseguido y los medios empleados para conseguirlo puede dar lugar a un enjuiciamiento desde la perspectiva constitucional cuando esa falta de proporción implica un sacrificio excesivo e innecesario de los derechos que la Constitución garantiza (SSTC 62/1982, fundamento jurídico 5.º; 66/1985, fundamento jurídico 1.º; 19/1988, fundamento jurídico 8.º; 85/1992, fundamento jurídico 5.º, y 50/1995, fundamento jurídico 7.º). Incluso en las Sentencias en las que hemos hecho referencia al principio de proporcionalidad como principio derivado del valor justicia (SSTC 160/1987, fundamento jurídico 6.º; 50/1995, fundamento jurídico 7.º, y 173/1995, fundamento jurídico 2.º), del principio del Estado de Derecho (STC 160/1987, fundamento jurídico 6.º), del principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (SSTC 6/1988, fundamento jurídico 3.º, y 50/1995, fundamento jurídico 7.º) o de la dignidad de la persona (STC 160/1987, fundamento jurídico 6.º), se ha aludido a este principio en el contexto de la incidencia de la actuación de los poderes públicos en el ámbito de concretos y determinados derechos constitucionales de los ciudadanos.»

2.º Dado que, *in genere*, es competencia del legislador la de formular el juicio sobre la proporcionalidad de la pena con relación al hecho punible que es presupuesto de la misma, dado que este Tribunal no puede arrogarse un papel de legislador imaginario que no le corresponde, y dado también que el art. 25.1 C.E. no consagra un derecho fundamental a la proporcionalidad abstracta de la pena con la gravedad del delito, hemos establecido muy claramente los límites que en esta materia tiene la jurisdicción del Tribunal Constitucional frente al legislador. Dice, al respecto, la STC 161/1997 —y, por remisión a ella, la STC 234/1997—:

«En aplicación de las ideas fundamentales relativas al principio de proporcionalidad como criterio de enjuiciamiento del tratamiento de derechos fundamentales, hemos de reiterar que la relación final que guarde la magnitud de los beneficios obtenidos por la norma penal y la magnitud de la pena es el fruto de un complejo análisis político-criminal y técnico que sólo al legislador corresponde y que, por ende, en ningún caso se reduce a una exacta

proporción entre el desvalor de la sanción y el desvalor del comportamiento prohibido, según un hipotético baremo preciso y prefijado. La relación valorativa entre precepto y sanción sólo será indicio de una vulneración del derecho fundamental que la sanción limita cuando atente contra "el valor fundamental de la justicia propio de un Estado de Derecho y de una actividad pública no arbitraria y respetuosa con la dignidad de la persona [SSTC 66/1985, fundamento jurídico 1.º; 65/1986, fundamento jurídico 2.º; 160/1987, fundamento jurídico 6.º b); 111/1993, fundamento jurídico 9.º, y 50/1995, fundamento jurídico 7.º]" (STC 55/1996, fundamento jurídico 9.º); es decir, cuando concurra un "desequilibrio patente y excesivo o irrazonable entre la sanción y la finalidad de la norma" a "partir de las pautas axiológicas constitucionalmente indiscutibles y de su concreción en la propia actividad legislativa" (STC 55/1996, fundamento jurídico 9.º). Sólo este criterio de proporcionalidad es el que corresponde aplicar a este Tribunal para la evaluación de si se ha producido un sacrificio excesivo del derecho fundamental que la pena restringe. A ese contenido mínimo de proporcionalidad se constriñe, pues, nuestro juicio, por lo que, como hemos reiterado, no comporta ninguna evaluación añadida de calidad o de conveniencia de la norma cuestionada» (fundamento jurídico 12).»

2. Sobre esta base, de la que parte la propia Sentencia, la mayoría reconoce que el precepto penal aplicado trata de proteger bienes de la máxima relevancia, que son puestos en peligro por la actividad terrorista (la vida, la seguridad de las personas, la paz social...); tampoco se duda de la idoneidad de la sanción prevista, esto es, de la aptitud de la medida para evitar la realización de actos de colaboración con una organización terrorista; y se considera, asimismo, que la reacción penal, en casos como el presente, es necesaria, de modo que las medidas no penales carecerían de «un grado de funcionalidad manifiestamente similar». Mas, dicho esto, mi discrepancia radical se refiere al postulado, mantenido en los fundamentos 29. y 30. de la Sentencia, de que, comparada la gravedad del delito que se trata de impedir con la gravedad de la pena que se impone (juicio estricto de proporcionalidad), «la norma no guarda, por su severidad en sí y por el efecto que la misma comporta para el ejercicio de las libertades de expresión e información, una razonable relación con el desvalor que entrañan las conductas sancionadas» (fundamento jurídico 29, *in limine*).

Veamos los argumentos aducidos para sustentar esta conclusión, empezando por la pretendida desproporción de la sanción sobre el ejercicio de las libertades de expresión e información. Aquí radica, a mi juicio, una de las mayores debilidades argumentales de la Sentencia.

3. Recuérdesse que la Sentencia ha considerado plenamente acreditado que el mensaje asumido por la Mesa Nacional de H.B., a propuesta de ETA, era un mensaje intimidatorio, amenazante, restrictivo de la libertad ajena y, en lógica consecuencia, no amparado por las libertades ideológica, de expresión y de información, ni por el derecho a participar en los asuntos públicos. Como dice, entre otros, el fundamento jurídico 19 de la Sentencia:

«En estas circunstancias es evidente que de la conjunción del mensaje oral y el visual se desprende una amenaza dirigida a los poderes públicos e indirectamente a los ciudadanos para que acepten los planteamientos políticos expuestos si no

quieren continuar sufriendo las consecuencias derivadas de los atentados terroristas. Se trata ciertamente de una amenaza difusa, pero de cuya virtualidad ningún ciudadano medio podía dudar y que afectaba a bienes tan importantes como la vida y la integridad física. Pero este carácter amenazante se ve reforzado al integrarse en el spot electoral de H.B., ya que en este caso ese contenido genéricamente intimidatorio se vincula explícitamente con la petición de voto para H.B., de modo que la impactante presencia de las armas revela de forma manifiesta que de no otorgarse el voto a la asociación política la violencia continuará.»

«Puede concluirse, pues, que los mensajes analizados, aunque en diferente grado, contenían aspectos o elementos intimidatorios, que, al no hallarse directamente protegidos por las libertades de participación política, de expresión y de información, podían en principio, en tanto que conductas intimidatorias, ser objeto de sanción penal...»

Recuérdese, en segundo lugar, que, según la doctrina de este Tribunal, el principio de proporcionalidad, en sus diversos aspectos, resulta aplicable en el ámbito del ejercicio lícito de los derechos fundamentales; ejercicio lícito que, como reconoce la Sentencia, aquí no se da.

Frente a esta evidencia, difícilmente contestable, la Sentencia esgrime un único argumento [fundamento jurídico 29 apdo. c)]: Tras reiterar que «las conductas incriminadas no constituyen ejercicio lícito de las libertades de expresión, de información y de participación política; que no están tuteladas por esos derechos constitucionales y que, por ello, pueden ser objeto de sanción penal», se afirma, sin embargo, que «son actividades de expresión de ideas e informaciones y constituyen una forma de participación política y, en consecuencia, una sanción penal desproporcionada puede producir efectos de desaliento sobre el ejercicio lícito de esos derechos». «Los componentes de la (Mesa Nacional de H.B.), si bien extralimitándose, han actuado en un ámbito en el que las formaciones políticas deben operar con la mayor libertad sin más limitaciones que las estrictamente necesarias para preservar la libertad de los ciudadanos».

4. Mi respetuosa réplica a este razonamiento es la siguiente:

No me parece razonable sostener, precisamente por las razones que da la Sentencia, que la conducta atribuida a la Mesa Nacional de H.B. pueda ser calificada, en un Estado democrático de Derecho, como una «forma de participación política». Diré ahora lo que he dicho, más por extenso, en mi Ponencia: «lo que sucede, sin más, es que las conductas incriminadas no son manifestación de una actividad política digna de tal nombre, esto es, presidida por el respeto a la libertad ajena, y ello porque tienen un carácter conminatorio que es lo que da lugar a la sanción penal» (fundamento jurídico 30).

Más aún: Tampoco cabe argumentar que los componentes de la Mesa Nacional han actuado «en un ámbito en el que las formaciones políticas deben operar con la mayor libertad», cuando, a la vez, se reconoce que han incumplido la condición que este Tribunal establece para estar e intervenir lícitamente en ese ámbito: «preservar la libertad de los ciudadanos». Por eso señalaba en mi Ponencia, en plena concordancia con la jurisprudencia de este Tribunal y del T.E.D.H., lo que sigue: (fundamento jurídico 22): «Es claro que quien invoca las libertades y derechos reconocidos por los arts. 16.1, 20.1 a) y 23.1 C.E. asume deberes y responsabilidades (por todas, Sentencias del T.E.D.H. en los asuntos Ahmed, § 61, y Müller y otros, § 34), y si, como hemos visto,

esos derechos se predicen con la máxima intensidad de quienes desempeñan una actividad política, es igualmente inconcuso su correspondiente deber de aceptar las reglas del juego político en democracia, de no intentar su transformación por medios ilegales (v.gr., SSTC 101/1983, 122/1983 y 74/1991) y «de no prevalerse (de la Constitución) para entregarse a la destrucción de los derechos y libertades que ella reconoce» [v.gr., Sentencias del T.E.D.H. en los asuntos Partido Comunista Unificado de Turquía y otros (§ 60), Partido Socialista y otros c. Turquía (§ 53), *Lawless c. Irlanda* (§ 7), etc.].»

Añadiré, antes de concluir sobre este extremo, que acaso no sea acertada la invocación que se hace en la Sentencia, desde el prisma de la proporcionalidad, de la Sentencia del T.E.D.H. de 9 de junio de 1998 (asunto *Incal*); caso éste en que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos consideró contraria al Convenio una sanción de seis meses y veinte días de privación de libertad como reacción frente a la pretensión de repartir unas octavillas cuya difusión estaba sometida a previa autorización por parte de los poderes públicos. Esta invocación no me parece adecuada porque, en ese asunto, el T.E.D.H. apreció, en primer lugar, que el intento de difusión estaba presidido por la buena fe, ya que se acudió a la autoridad gubernativa con las octavillas para solicitar la correspondiente autorización. Y lo que es aún más importante: En el caso, el T.E.D.H. estimó que el mensaje constituía ejercicio lícito del derecho a la libertad de expresión porque no era violento, conminatorio, amenazante, ni restrictivo de la libertad ajena (cfr. § 50, *in fine*, y 51 de la Sentencia del T.E.D.H. de 9-6-98). Por tanto, en el asunto *Incal*, es evidente que la sanción penal no era necesaria ni admisible en una sociedad democrática, pero no ya por la supuesta desproporción de la pena impuesta, sino porque el sancionado había tratado de ejercer lícitamente un derecho fundamental, de suerte que cualquier pena que se le hubiera infligido habría sido contraria al art. 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y, en nuestro caso, al art. 20.1, a), de la Constitución.

En definitiva, siendo la conducta cometida por la Mesa Nacional de H.B. atentatoria contra las libertades más esenciales de los ciudadanos de un Estado democrático, y contra el propio orden democrático en sí mismo considerado, creo que lo que precisamente puede provocar un efecto desalentador en el ejercicio lícito del derecho a la participación política y de las libertades de expresión e información es sostener, como la mayoría ha sostenido, que la sanción penal aplicada por la Sala Segunda resulta desproporcionada en tanto que lesiva de tales derechos fundamentales.

5. Para poner de manifiesto la severidad en sí de la pena aplicada y como justificación de su desproporción en el caso, la Sentencia da un argumento que tiene que ver con el grado de desvalor del comportamiento prohibido y sancionado. Este raciocinio, literalmente expuesto, es el siguiente (fundamento jurídico 29, apdo. a):

«En cuanto a las conductas sancionadas no cabe duda de que son potencialmente peligrosas en la medida en que son constitutivas de colaboración con banda armada, pero resultaron en la realidad muy alejadas de los peligros que la norma aplicada quiere finalmente evitar. Recuérdese, en primer lugar, que no estamos ante una conducta directamente constitutiva de un resultado de colaboración con banda armada como lo hubiera sido por ejemplo la difusión efectiva de la intimidación contenida en los mensajes televisivos y radiofónicos... Los recurrentes, en efecto, no emprendieron directamente la realización de la actividad difusora

sino que remitieron las cintas a los respectivos organismos públicos. Repárese además, en segundo lugar, en que perdieron con ello el dominio del curso de riesgo que conducía del acuerdo delictivo al efectivo apoyo a la organización terrorista; dominio que les hubiera permitido mantener el acto de colaboración hasta la producción de su efectivo resultado, del beneficio para la organización terrorista y del perjuicio para la sociedad.»

Se afirma, en síntesis y sin reduccionismo alguno, que las conductas sancionadas estuvieron en la realidad muy alejadas de los peligros que la norma aplicada quiere evitar, pues no hubo un resultado de colaboración con banda armada al no llegar a difundirse los mensajes intimidatorios.

Resulta difícil compartir este planteamiento, en primer lugar, porque contradice abiertamente lo que, poco antes (fundamento jurídico 26), señala la propia Sentencia con pleno acierto, a saber: Que la interpretación del contenido y alcance de los tipos penales corresponde a los Tribunales de la jurisdicción ordinaria y, muy señaladamente, al Tribunal Supremo, y que, en consecuencia, este Tribunal acepta como premisa para su enjuiciamiento en el presente caso la concepción que la Sala Segunda ha mantenido sobre el delito de colaboración con banda armada, esto es, «como uno de los delitos que la doctrina califica como de "actividad" o "de peligro abstracto", en los que se adelanta la línea de defensa castigando ya el principio de ejecución como delito consumado» (fundamento jurídico 26).

Con otras palabras: Aceptada por este Tribunal, en plena coherencia con su doctrina, la competencia de la Sala Segunda para entender consumado el delito de colaboración con banda armada [compete en exclusiva a los Tribunales ordinarios determinar si una figura delictiva admite o no formas imperfectas de ejecución (ATC 247/1993)], ¿cómo se puede decir que no estamos ante una conducta directamente constitutiva de un resultado de colaboración con banda armada? Se olvida así que el Tribunal Supremo, cuando entiende que estamos ante un delito de mera actividad, no hace sino sostener que el legislador, al instaurar el tipo, está castigando el mero hecho de colaborar con organizaciones terroristas con independencia del resultado de tal colaboración, y, por referirnos a este caso, con total independencia de que el mensaje que se trataba de difundir llegase a ser emitido o no (es inequívoco, al respecto, el fundamento 22 de la Sentencia del Supremo).

Tan es así que lo que ha castigado el Tribunal Supremo no es la difusión, frustrada o no, de un determinado mensaje. La Sala Segunda deja muy claro, y así lo dije en mi Ponencia —núm. 23—, que condena la decisión de ceder espacios electorales a un grupo terrorista en conjunción con el hecho de haber asumido las imágenes claramente intimidatorias de las videocintas, «lo que supone introducir un matiz alternativo de coacción terrorista, que convierte (esa presentación electoral de la "alternativa democrática") en delictiva» (fundamento 18). Así, el Tribunal Supremo, tras reconocer de forma expresa que H.B. «no necesitaba ceder a ETA sus espacios electorales gratuitos, puesto que para dicha formación política era perfectamente posible y legal proponer en dicho espacio y por sí misma tal planteamiento como fórmula política o como parte de su programa electoral», añade: «Es dicha cesión, en conjunción con las imágenes de los vídeos..., la estructura fáctica que conforma la acción de colaboración con una organización terrorista y la que, por su intencionalidad, consciencia y finalidad promocional de ETA, merece reproche penal» (fundamento 18). E insiste, más adelante, la Sala Segunda del T.S., cuando dice (fundamento 28): «Lo que aquí se ha

juzgado y por lo que se condena a los acusados —conviene repetirlo y recordarlo— es un acto de colaboración con ETA, concretado en la decisión adoptada por los componentes de la Mesa Nacional de H.B., en su reunión de 5 de febrero de 1996, de ceder a una organización terrorista los espacios electorales gratuitos que como formación le correspondían, asumiendo de esta forma su contenido (el de los soportes audiovisuales)».

A mi modesto juicio, pues, el desvalor de las conductas sancionadas se corresponde plenamente con el «peligro abstracto» que define el tipo aplicado. Conclusión que creo obligada a poco que se consideren las características que reúne la conducta criminal enjuiciada, no cuestionadas por este Tribunal, a saber: Un comportamiento que ha consistido en asumir consciente y deliberadamente el método terrorista, definido por el recurso a la violencia como *modus operandi*, mediante actos eficientes para favorecer la coerción inherente a la actividad de tal signo. En estas circunstancias, entiendo que el acuerdo delictivo, en sí mismo, es un acto de efectivo apoyo a la organización terrorista ETA con perjuicio grave para la sociedad, sin que ello signifique desconocer que en este caso, como en otros en que se ha condenado aplicando la misma figura delictiva, el daño producido podría haber sido mayor.

6. En este momento del razonamiento, viene a mi memoria lo que este Tribunal ha dicho hace poco tiempo (STC 161/1997), cuando consideramos que no lesionaba el principio de proporcionalidad, desde el prisma de la severidad de la pena en relación con el desvalor de la conducta tipificada, el hecho de que el vigente Código Penal castigase como delito de desobediencia grave —seis meses a un año de prisión— al conductor que, requerido por el agente de la autoridad, se negase a someterse a las pruebas de alcoholemia (art. 380 C.P.); y ello por oposición al castigo que se da al hecho mismo de conducir bajo la influencia de bebidas alcohólicas —delito de peligro abstracto castigado con arresto de ocho a doce fines de semana—. Pues bien, sobre la base de que el art. 380 C.P. trata de prevenir los riesgos que genera para la vida y la seguridad de las personas el mero hecho de conducir bajo la influencia del alcohol, hicimos entonces las siguientes afirmaciones (STC 161/1997, fundamento jurídico 12):

«Debe advertirse que no siempre el legislador considera en el Código Penal vigente de menor gravedad o merecedores de menor sanción los comportamientos de incidencia más lejana en el bien finalmente protegido que los que lo afectan de una manera más inmediata. El peligro abstracto o remoto puede merecer un castigo mayor que el próximo, y esto es, a juicio del legislador, lo que sucede en este caso, en el que, de no atajarse el peligro abstracto se incrementaría de modo incalculable el número de casos en que se produciría el peligro próximo. Por otra parte, debe resaltarse que la conducción bajo la influencia de las drogas o del alcohol no sólo constituye un comportamiento delictivo autónomo, sino también una forma de comportamiento imprudente que puede lesionar la vida y la integridad física de las personas. La obligación de someterse a las pruebas referidas en el art. 380 no pretende únicamente la detección y evitación de una conducta peligrosa, sino que se dirige instrumentalmente también a la detección y evitación de la comisión de homicidios y lesiones imprudentes... No puede calificarse en absoluto de irrazonable el que el legislador haya decidido catalogar como grave un determinado tipo de desobediencia en virtud de que se produce en un ámbito socialmente tan trascendente como es el de la

seguridad del tráfico en relación con la conducción bajo la influencia de las drogas o del alcohol. La orden cuya desobediencia se sanciona tiende a proteger, en última instancia, bienes tan trascendentales como la vida y la integridad física de las personas.»

En mi criterio, estas afirmaciones pudieron repetirse, con mayor razón, en el presente caso, pues el delito de colaboración con banda armada, de un lado, contempla una conducta dolosa —no sólo imprudente—, y, de otro, anticipa la protección frente a hechos máximamente reprobables conforme a las pautas axiológicas consagradas por la Constitución y aceptadas por la sociedad, ya que la actividad terrorista que ese tipo penal trata de evitar pone en peligro la vida, la integridad física y la libertad individual, pero también la paz social y la estabilidad misma del orden democrático.

7. Finalmente deseo poner de relieve un dato que creo trascendental para enjuiciar lo que la Sentencia llama [fundamento jurídico 29, apdo. b), «la muy significativa entidad de la pena» (seis años y un día a doce años de privación de libertad)]. Aceptando ahora —a título de hipótesis— la lógica argumental de la Sentencia, este Tribunal pudo reparar en un extremo por completo omitido: Que, para valorar la proporcionalidad de las penas privativas de libertad —ex art. 17.1 C.E.—, en otras ocasiones hemos tomado en consideración la posible concurrencia de los beneficios penitenciarios. Si antes lo hemos hecho, al juzgar en abstracto la previsión punitiva —en el seno de procesos de constitucionalidad—, *a fortiori* debimos haberlo hecho ahora, donde juzgamos la proporcionalidad punitiva en su aplicación a un caso concreto. Digo esto con apoyo en lo que literalmente advertimos en la STC 55/96 (fundamento jurídico 8.º):

«Con independencia del juicio de oportunidad que pueda merecer la pena que se asigna al objeto que se niega a realizar la prestación social sustitutoria —juicio que no compete a este Tribunal y sobre el que, por lo tanto, nada se afirma—, no cabe sostener que atente contra el art. 17.1 C.E., en cuanto desproporcionada por innecesaria, ni la previsión de imposición de una sanción penal consistente en una pena privativa de libertad, ni su cuantía de dos años, cuatro meses y un día a seis años —disminuible en su esencia por la posible concurrencia del beneficio de la libertad condicional y de los beneficios penitenciarios—.»

Pues bien, creo que, para defender la tesis que se ha defendido, era exigible haberse pronunciado sobre este particular —la concurrencia de los beneficios penitenciarios—, teniendo en cuenta lo que contiene al respecto el fundamento jurídico 4.º de la Sentencia de la Sala Segunda del T.S., cuando aplica, por ser punitivamente más favorable, el art. 174 bis, a), en lugar del art. 576 del vigente Código Penal. Hace al caso transcribir las reflexiones del Tribunal Supremo:

«En orden a la imposición de sanciones penales es obviamente más favorable aquella ley que prevé una consecuencia jurídica menos limitadora de los derechos fundamentales de la persona... En ambos textos legales se prevé para la conducta enjuiciada una pena privativa de libertad a la que se acumula una pena de multa. La comparación de las penas privativas de libertad previstas no puede hacerse nominalmente, sino que, por indicación del propio C.P. de 1995 —disposición transitoria tercera— y según las reglas de la lógica, la duración de las penas a comparar será la efectiva probable que se cumpliría, pues no cabe olvidar que el Código

derogado prevé el acortamiento de condena mediante el beneficio de redención de penas por el trabajo, a tenor del cual cabe reducir un día de condena por cada dos días de trabajo.»

«A la vista de las penas privativas de libertad previstas en ambas regulaciones, la comparación no resiste análisis. Conforme al C.P. de 1995 la pena imponible oscila entre cinco y diez años. Frente a tal previsión, el C.P. de 1973 —descontando las redenciones previsibles— establece una pena de cuatro a ocho años (resultado de restar un tercio a la pena prevista de prisión mayor).»

Es obligado plantearse la siguiente pregunta: ¿Este Tribunal habría considerado desproporcionada una pena mínima de cuatro años de cumplimiento efectivo ante una conducta de colaboración con banda armada? Sinceramente creo, de nuevo con el máximo respeto al criterio de la mayoría, que, de acuerdo con los límites de nuestro enjuiciamiento, la pena abstracta consagrada por el art. 174 bis a) y mucho más la previsiblemente efectiva, no entraña, ni en general ni en su aplicación al caso, «un desequilibrio patente, excesivo o irrazonable entre la sanción y la finalidad de la norma». Con otras palabras, también de nuestra jurisprudencia, no creo que la punición expresada «atente contra el valor fundamental de la justicia, propio de un Estado de Derecho y de una actividad pública no arbitraria y respetuosa con la dignidad de la persona» (SSTC 66/1985, 65/1986, 111/1993, 50/1995, 55/1996 y 161/1997).

Firmo este voto particular reiterando, una vez más, mi respeto por la opinión de la mayoría de los Magistrados, lamentando tener que discrepar de ellos en esta ocasión por las razones antes expuestas.

Madrid, a veintiséis de julio de mil novecientos noventa y nueve.—Manuel Jiménez de Parga y Cabrera.—Firmado y rubricado.

*Voto particular que formula el Magistrado don Vicente Conde Martín de Hijas respecto de la Sentencia dictada en el recurso de amparo núm. 5.459/97*

1. Con el mayor respeto para los Magistrados que con su voto mayoritario han dado lugar a la Sentencia dictada en este recurso de amparo, y haciendo uso del derecho establecido en el art. 90.2 de la LOTC, expreso en este voto particular mi disenso respecto de la misma, que ya expuse en su deliberación, dando con él publicidad a la posición personal que expuse sin éxito en tal momento.

Quiero dejar sentado en este momento liminar que mi disenso es sólo expresión del distanciamiento intelectual respecto de una Sentencia que considero errónea en su fundamentación; pero a la vez estoy seguro de compartir con los Magistrados de cuyo voto discrepo una misma posición de entrega en la tarea de dar efectividad a los derechos, principios y valores que nuestra Constitución proclama.

Comparto los fundamentos jurídicos 1 a 19 inclusive de nuestra Sentencia y discrepo de los restantes y del fallo, que debió ser, en mi criterio, desestimatorio del amparo.

2. Considero que la Sentencia del Tribunal Supremo, que es anulada por la nuestra, no incurrió en ningún vicio de inconstitucionalidad, ni siquiera porque la Ley que en ella se aplicó adoleciese del vicio que la nuestra le imputa y cuya inconstitucionalidad se declara.

No comparto el criterio mayoritario acerca de la inconstitucionalidad del art. 174 bis a), 1.º y 2.º, del Código Penal de 1973 (modificado por la L.O. 3/1988) y creo que la Sentencia recurrida en todos sus contenidos, tanto al enjuiciar la legalidad del tipo penal apli-

cado, con referencia explícita sobre el particular a nuestra STC 89/1993, como al calificar el significado de la conducta sancionada y subsumirla en el tipo referido, al ponderar la alegada justificación de dicha conducta en el ejercicio de los derechos fundamentales cuestionados, y rechazarla, como, finalmente, al proclamar la culpabilidad individualizada de los recurrentes y la desvirtuación de su derecho a la presunción de inocencia, no resulta contraria a los criterios establecidos en nuestra jurisprudencia.

3. Nuestra Sentencia, en una visión sintética de la misma, tiene como clave la afirmación de la inconstitucionalidad del precepto penal aplicado. Tal inconstitucionalidad se refiere a la dimensión cuantitativa de la pena establecida para el tipo penal definido en él, no a éste; y ello, en razón de la vulneración del principio de proporcionalidad, que considera ínsito en el principio de legalidad del art. 25.1 C.E. A su vez ese principio de proporcionalidad lo relaciona la Sentencia con el efecto disuasorio o de desaliento que una pena de tanta gravedad puede producir en el lícito ejercicio de los derechos fundamentales de libertad de información, expresión y participación política, cuya garantía debe ser especialmente rigurosa, cuando se refiere a miembros dirigentes de partidos políticos, y más en trance electoral [fundamentos jurídicos 20, 24 y 29, d)].

Pues bien, mi disenso es radical respecto de todos los elementos sintetizados en la referencia que acabo de hacer a las claves de la Sentencia.

Entiendo, en primer lugar, que el concreto planteamiento acerca de la inconstitucionalidad del precepto por las razones expuestas, no se contiene en el recurso de amparo, al que debíamos dar respuesta, y a cuyos términos debíamos habernos atendido.

En segundo lugar, al proclamar la inconstitucionalidad del precepto penal, aplicado en la Sentencia recurrida, en razón del principio de proporcionalidad, y al entrar a juzgar sobre la proporcionalidad de las penas, creo que invadimos un terreno que corresponde a la soberanía del legislador, apartándonos por primera vez de una actitud de cautela, que sobre el particular, habíamos venido proclamando hasta este momento.

En tercer lugar, creo que la Sentencia, a la que debe reconocerse una factura técnica de indudable maestría, adolece, no obstante, en su fundamentación, si se profundiza con rigor crítico en su análisis, de falta de la consistencia necesaria, para poder justificar el innovador paso, y abre, además, después de dado, preocupantes espacios para que en el futuro se nos puedan formular pretensiones de control, que hasta el momento no habíamos asumido.

Finalmente, la Sentencia creo que introduce un efecto de inseguridad en un ordenamiento como el penal, en el que debe ser un eje diamantino la seguridad y la certeza.

4. Nuestra Sentencia, en su fundamento jurídico 21, resume el planteamiento de los demandantes en lo relativo a su alegada vulneración del principio de legalidad penal y de proporcionalidad, con referencia en cuanto al último al «motivo» octavo de la demanda y transcripción de los contenidos más relevantes de éste.

Conviene aclarar esa referencia, completándola con una mayor precisión sobre el sentido de ese «motivo» octavo, rectificando sobre el particular la indiscriminada alusión en la Sentencia a dos alegadas vulneraciones, que en la demanda se formulan con clara separación.

La demanda tiene una muy estimable ordenación sistemática de su contenido, estructurado en «motivos», que se enuncian con plausible precisión.

La vulneración del art. 25.1 C.E., que es, como ya se ha indicado, el fundamento axial de nuestra Sentencia,

se contiene en el «motivo quinto». En su inicio se sintetiza la *ratio* del mismo, que luego es objeto de un largo desarrollo argumental, diciendo al respecto que ello es «por entender que la Sentencia de 29 de noviembre de 1997 de la Sala Segunda del Tribunal Supremo infringe el principio de tipicidad integrado en el derecho a la legalidad penal, al haber llevado a cabo una aplicación extensiva *in malam partem* del art. 174 bis a), 1.º y 2.º, inciso final, del Código Penal de 1973». No se cuestiona en ese planteamiento la constitucionalidad del tipo penal aplicado, sino el acto jurisdiccional de su aplicación: La subsanación de la conducta en el tipo penal.

Por su parte, el «motivo octavo», citado en nuestra Sentencia, se refiere a la «infracción del art. 20.1 a) y d), en relación con los arts. 20.4 C.E. y 10.2 C.E.D.H., por cuanto que la medida restrictiva de la libertad de expresión e información, medida que constituye la condena impuesta por la Sentencia, que recurre, infringe las condiciones exigidas por la doctrina constitucional para limitar aquel derecho».

Todo el desarrollo ulterior de este «motivo», del que se toman los párrafos transcritos en nuestra Sentencia, se refiere a los límites de los derechos referidos y no al principio de legalidad penal. Así pues, la parte en ningún momento nos ha planteado que la desproporción de la medida sancionadora que impugna, la vulneración por ella del principio de proporcionalidad, tenga que ver con la ley aplicada, ni con el principio constitucional de legalidad, planteamiento éste que nos es exclusivamente atribuible en lo que considero un discutible ejercicio de un poder de oficio, y más sin haber cumplido el trámite del art. 84 de nuestra Ley Orgánica.

Creo que en este punto nuestra Sentencia hace una reconstrucción de la demanda, que habitualmente, y con toda lógica procesal, evitamos, y ello para optar por un planteamiento, a mi juicio, erróneo, cual es el de sustituir la censura de la aplicación del precepto penal al caso por el cuestionamiento de la norma aplicada.

Debe observarse además, que el precepto cuya inconstitucionalidad declaramos en la Sentencia, junto con otros de la reforma introducida en el Código Penal por la L.O. 3/1988, fue objeto de un recurso de inconstitucionalidad, que fue desestimado por nuestra STC 89/1993.

Es cierto que el fundamento de dicho recurso no tenía nada que ver con el que hoy nos lleva a declararlo inconstitucional; pero habida cuenta que, conforme al art. 39.2 de nuestra Ley Orgánica, el Tribunal podía haber utilizado el ángulo de análisis constitucional en el que ahora nos situamos, y no lo hizo, y que en un precepto de tanta transcendencia como el que nos ocupa, una vez sometido el precepto a la consideración del Tribunal por el recurso, lo lógico es que se enjuiciase su constitucionalidad desde todos los ángulos de análisis posibles, el silencio de aquella Sentencia al respecto podía perfectamente valorarse como aquiescencia del Tribunal a su constitucionalidad, lo que quizás explica que a lo largo de su vigencia el precepto no haya suscitado reservas a los órganos jurisdiccionales encargados de su aplicación. En todo caso, el hecho de que en la precedente Sentencia el fundamento de la pretendida inconstitucionalidad no tuviera que ver con la *ratio* por la que ahora la declaramos, no resta virtualidad a la cita jurisprudencial, si se advierte que tampoco en la presente ocasión se ha alegado por la parte recurrente la inconstitucionalidad del precepto por el motivo por el que la declaramos, lo que no ha sido obstáculo para que enjuiciemos su constitucionalidad desde el principio de proporcionalidad. La diferencia de criterio final en el enjuiciamiento de un mismo precepto no me resulta aceptable.

5. La segunda de las razones de mi discrepancia, en la enunciación de ellas que se hizo antes, es la de que el uso que hacemos en la Sentencia del principio de proporcionalidad, en su aplicación a las penas establecidas en la ley para el delito por el que fueron condenados los recurrentes, supone invadir un espacio de decisión que corresponde a la soberanía del legislador, y que tal aplicación del principio al enjuiciamiento de una Ley penal constituye una auténtica innovación en este caso.

Hasta el momento no existía ninguno en el que este Tribunal hubiera declarado, como hacemos en esta Sentencia, la inconstitucionalidad de un precepto del Código Penal, o de una Ley penal, por la desproporción de la pena. La Sentencia de la que disiento razona la aplicación al caso del principio de proporcionalidad en los fundamentos jurídicos 20 y siguientes, de los cuales los fundamentos jurídicos 20 a 24 inclusive se destinan a una exposición preliminar de nuestra doctrina al respecto y de la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, con el claro objetivo de justificar la existencia de una continuidad lógica entre la doctrina de las Sentencias precedentes, que cita, y la actual. En tal sentido es sumamente expresivo el párrafo final del fundamento jurídico 20, en el que, adelantando el ulterior razonamiento, se dice que «como comprobaremos de inmediato, la exigencia de proporcionalidad de la reacción penal incluso respecto del ejercicio ilícito de las libertades de expresión e información ha sido declarada no sólo por este Tribunal (por todas, STC 85/1992), sino también por el Tribunal Europeo de Derecho Humanos (por todas, Sentencia T.E.D.H., Tolstoy Miloslasky, 13 de julio de 1995)».

Es preciso matizar esa afirmación inicial de la Sentencia, observando que en los casos citados, o lo enjuiciado son actos aplicativos, y no siempre de una ley penal, o cuando se trató del enjuiciamiento directo de una ley penal, las reservas de la aplicación del principio de proporcionalidad para la pretendida ponderación de las penas fueron más intensas que las que se contienen en los párrafos de las Sentencias precedentes, transcritos en la actual; y, sobre todo, que en estas últimas Sentencias, y precisamente por esas reservas, el resultado fue la desestimación de la pretendida inconstitucionalidad.

Es indudable así que no existe la continuidad argüida, sino que entre la actual Sentencia y las precedentes existe un salto cualitativo, que creo necesario señalar como tal.

Enjuiciar la Ley desde la óptica del principio de proporcionalidad es esencialmente distinto que enjuiciar un acto aplicativo de la misma; y esa diferencia, cuando se trataba del enjuiciamiento de la primera, quedó clara y contundentemente resaltada por las Sentencias en las que se hizo, en ninguna de las cuales se llegó a la descalificación constitucional del precepto enjuiciado.

Del plano de las afirmaciones generales debe descenderse al de las constataciones concretas del sentido de las Sentencias citadas en la actual, para así justificar mis afirmaciones precedentes.

El elenco de las Sentencias referidas en la actual en los fundamentos jurídicos 20, 22, 23 y 24 es el siguiente: SSTC 85/1992, 55/1996, 161/1997, 62/1982, 66/1985, 19/1988, 66/1995, 61/1998, 111/1993, 35/1985, 65/1986, 160/1987, 6/1988, 209/1988, 37/1989, 113/1989, 178/1989 y 154/1990 y Sentencias del T.E.D.H., casos Tolstoy Miloslasky, de 13 de julio de 1995; Partido Socialista contra Turquía, de 25 de mayo de 1998; Partido Comunista Unificado de Turquía y otros contra Turquía, de 30 de enero de 1998; caso Incal contra Turquía, de 9 de junio de 1998, y caso Castells contra España, de 23 de abril de 1992. De todas ellas tan sólo las SSTC 160/1987, 19/1988,

55/1996 y 161/1997 se refieren al enjuiciamiento de una norma penal desde el prisma conceptual del principio de proporcionalidad, las demás se refieren a actos aplicativos: En unos casos, la mayoría, de preceptos penales, y en otros, incluso de normas jurídicas de otro tipo, laborales o administrativas; por lo que en ninguna de estas últimas podemos encontrar una *ratio decidendi* relacionada con el uso del principio de proporcionalidad en el enjuiciamiento constitucional de una Ley penal, que es de lo que aquí se trata. La cita de esas Sentencias, por tanto, adolece de falta del necesario rigor conceptual, una vez que se comprueban los diferentes contextos.

Limitándonos, pues, a las primeras, como ya se ha adelantado, en ninguna de ellas se declara la inconstitucionalidad de los preceptos constitucionales cuestionados, sin que por tanto podamos establecer el paralelismo de la *ratio decidendi*, utilizada aquí para declarar la inconstitucionalidad del art. 174 bis a) del Código Penal de 1973, con la *ratio decidendi*, que en cada uno de los casos decididos por las respectivas Sentencias condujo a rechazar la pretendida inconstitucionalidad de los preceptos penales concernidos.

Es, sin embargo, constante en las cuatro Sentencias la expresa alusión a la competencia del legislador y la recomendable cautela en el enjuiciamiento de la proporcionalidad de las penas, que en ningún caso se aborda, pese a que, *obiter dicta*, se deja abierta la vía a ese enjuiciamiento constitucional en otros casos. Parece así que, si lo que no se hizo en ninguna de las ocasiones precedentes se hace en la actual, será necesaria una fundamentación suficientemente sólida y rigurosa para justificar la novedad. Más adelante se abordará tal cuestión, basta por ahora con dejarla apuntada.

Esa referencia a la competencia del legislador y a la cautela con que debemos evitar suplantarle se expresa con especial contundencia en la STC 55/1996, cuyas argumentaciones al respecto se transcriben en los fundamentos jurídicos 22 y 23 de la Sentencia, aunque no en su total literalidad. No se reflejan en la transcripción algunos párrafos, que estimo de especial significación; por lo que, al basar en esa Sentencia, y en las demás citadas, mi personal posición de cautela frente a un enjuiciamiento, que creo que no debíamos haber asumido, me parece conveniente reproducir en su literalidad el fundamento jurídico 6.º de la STC 55/1996:

«6. El contenido de las cuestiones queda contraído así a la posible oposición entre la norma aplicable y el derecho a la libertad personal, como consecuencia del hipotético carácter desproporcionado de la sanción prevista en aquélla.

Concretamente, los autos de cuestionamiento basan sus dudas de inconstitucionalidad en la afirmación de que el bien jurídico protegido por la norma cuestionada no es otro que el cumplimiento de una obligación meramente administrativa, por lo que la pena de privación de libertad prevista resulta desproporcionada, en primer lugar, por innecesaria, ya que el legislador podía haber optado por otras medidas que supusiesen un menor sacrificio del derecho implicado y, en segundo lugar, porque el sacrificio o gravamen impuesto al derecho no guarda un razonable equilibrio o proporción con los bienes que se pretenden salvaguardar. Así, pues, las presentes cuestiones de inconstitucionalidad confrontan la sanción impugnada con dos de las condiciones que este Tribunal ha considerado (SSTC 50/1995 y 66/1995) que, junto a la idoneidad de la medida para alcanzar el fin propuesto, rigen la aplicación del principio de proporcionalidad, a saber: La necesidad de su existencia y su proporción en sentido estricto o, en el presente caso, como dicen los autos, “si la pena prevista

es necesaria y proporcionada para asegurar” el bien jurídico protegido por la norma cuestionada.

La respuesta a esta cuestión debe partir inexcusablemente del recuerdo de la potestad exclusiva del legislador para configurar los bienes penalmente protegidos, los comportamientos penalmente reprobables, el tipo y la cuantía de las sanciones penales, y la proporción entre las conductas que pretende evitar y las penas con las que intenta conseguirlo. Así lo hemos afirmado ya en otras ocasiones [SSTC 65/1986, fundamento jurídico 3.º, y 160/1987, fundamento jurídico 6.º b), y ATC 949/1988, fundamento jurídico 1.º], sin que parezca necesario ahora ahondar en su justificación a la vista de nuestro Texto constitucional y de los postulados básicos de un criterio democrático de legitimidad en la organización del Estado.

En el ejercicio de su competencia de selección de los bienes jurídicos que dimanen de un determinado modelo de convivencia social y de los comportamientos atentatorios contra ellos, así como de determinación de las sanciones penales necesarias para la preservación del referido modelo, el legislador goza, dentro de los límites establecidos en la Constitución, de un amplio margen de libertad que deriva de su posición constitucional y, en última instancia, de su específica legitimidad democrática. No sólo cabe afirmar, pues, que, como no puede ser de otro modo en un Estado social y democrático de Derecho, corresponde en exclusiva al legislador el diseño de la política criminal, sino también que, con la excepción que imponen las citadas pautas elementales que emanan del Texto constitucional, dispone para ello de plena libertad. De ahí que, en concreto, la relación de proporción que deba guardar un comportamiento penalmente típico con la sanción que se le asigna será el fruto de un complejo juicio de oportunidad del legislador que, aunque no puede prescindir de ciertos límites constitucionales, éstos no le imponen una solución precisa y unívoca.

La reflexión anterior anticipa ya los límites que en esta materia tiene la jurisdicción de este Tribunal frente al legislador. Como afirmábamos en la STC 11/1981, “en un plano hay que situar las decisiones políticas y el enjuiciamiento político que tales decisiones merezcan, y en otro plano distinto la calificación de inconstitucionalidad, que tiene que hacerse con arreglo a criterios estrictamente jurídicos. La Constitución es un marco de coincidencias suficientemente amplio como para que dentro de él quepan opciones políticas de muy diferente signo. La labor de interpretación de la Constitución no consiste necesariamente en cerrar el paso a las opciones o variantes imponiendo autoritariamente una de ellas” (fundamento jurídico 7.º). Lejos, pues, de proceder a la evaluación de su conveniencia, de sus efectos, de su calidad o perfectibilidad, o de su relación con otras alternativas posibles, hemos de reparar únicamente, cuando así se nos demande, en su encuadramiento constitucional. De ahí que una hipotética solución desestimatoria ante una norma penal cuestionada no afirme nada más ni nada menos que su sujeción a la Constitución sin implicar, por lo tanto, en absoluto, ningún otro tipo de valoración positiva en torno a la misma.

La posición constitucional del legislador a la que antes aludíamos obliga a que la aplicación del principio de proporcionalidad para controlar constitucionalmente sus decisiones deba tener lugar de forma y con intensidad cualitativamente distinta a

las aplicadas a los órganos encargados de interpretar y aplicar las leyes. Como acabamos de recordar, este Tribunal ha reiterado que el legislador no se limita a ejecutar o aplicar la Constitución, sino que, dentro del marco que ésta traza, adopta libremente las opciones políticas que en cada momento estima más oportunas. En efecto, a diferencia de lo que sucede respecto de los órganos que tienen encomendada la tarea de interpretar y aplicar las leyes, el legislador, al establecer las penas, carece, obviamente, de la guía de una tabla precisa que relacione unívocamente medios y objetivos, y ha de atender no sólo al fin esencial y directo de protección al que responde la norma, sino también a otros fines legítimos que puede perseguir con la pena y a las diversas formas en que la misma opera y que podrían catalogarse como sus funciones o fines inmediatos: A las diversas formas en que la conminación abstracta de la pena y su aplicación influyen en el comportamiento de los destinatarios de la norma —intimidación, eliminación de la venganza privada, consolidación de las convicciones éticas generales, refuerzo del sentimiento de fidelidad al ordenamiento, resocialización, etc.— y que se clasifican doctrinalmente bajo las denominaciones de prevención general y de prevención especial. Estos efectos de la pena dependen a su vez de factores tales como la gravedad del comportamiento que se pretende disuadir, las posibilidades fácticas de su detección y sanción, y las percepciones sociales relativas a la adecuación entre delito y pena.

En definitiva, en relación con la proporcionalidad de una determinada pena, este Tribunal no puede, para establecerla, tomar como referencia una pena exacta, que aparezca como la única concreción posible de la proporción constitucionalmente exigida, pues la Norma suprema no contiene criterios de los que pueda inferirse esa medida; pero tampoco le es posible renunciar a todo control material sobre la pena ya que el ámbito de la legislación penal no es un ámbito constitucionalmente exento. Como afirmábamos en la STC 53/1985, el legislador “ha de tener siempre presente la razonable exigibilidad de una conducta y la proporcionalidad de la pena en caso de incumplimiento” (fundamento jurídico 9.º).»

Una Sentencia que se proclama continuadora de la jurisprudencia precedente, que cita, y que, ello no obstante, da un paso hasta ahora no dado, creo que está necesitada de un razonamiento riguroso sobre cuál sea el *quid novum* que lo justifica, y personalmente considero que la fundamentación de nuestra actual Sentencia al respecto, que más adelante analizaré, no cumple en términos satisfactorios ese inesquivable reto.

Por lo que hace a las Sentencias aludidas del T.E.D.H., ninguna de ellas enjuicia normas penales en sí mismas consideradas desde el ángulo intelectual del principio constitucional de la legalidad de los delitos y de las penas y dentro de él del principio de proporcionalidad, que es el planteamiento de nuestra actual Sentencia. Estimo por ello que es conceptualmente poco riguroso traer a colación dichas Sentencias como criterio de autoridad en aval de lo que es una pura decisión nuestra sin precedente.

Sólo las Sentencias del caso Castells contra España y del caso Incal contra Turquía se refieren a condenas penales; pero en ninguno de los dos casos los términos de las respectivas cuestiones pueden asimilarse a los del caso actual.

Aparte de la sustancial diferencia, ya destacada, de que en ninguno de los dos casos se enjuiciaban normas penales en relación con la proporcionalidad de las penas señaladas en ellas, sino actos aplicativos de esas normas, condenas por delito, el problema de proporcionalidad de la medida aplicada en cada caso no tenía que ver con la cuantía de la pena impuesta, sino con la existencia misma del delito, siendo en ambos casos la cuestión debatida la de la relación entre el art. 10 C.E.D.H. y los delitos por los que en cada uno de los casos fueron sancionados en sus respectivos países los recurrentes ante el T.E.D.H. Lo que estaba en cuestión no era el elemento de punibilidad del delito en su extensión cuantitativa, sino el de antijuridicidad de la conducta, que es algo muy diverso.

6. Razonado lo que, a mi juicio, tiene nuestra Sentencia de novedoso, el tercer capítulo de mi disenso se refiere a la insatisfactoria consistencia de su fundamentación y a la brecha que se abre con ella en el futuro para que se nos pueda reclamar, tomándola como base, un tipo de control que no estamos en condiciones de realizar.

El *quid novum* de este caso, con el que se procura justificar el salto cualitativo que damos, parece ser la relación de la conducta sancionada con los derechos fundamentales de libertad de información, de expresión y de participación política y el posible efecto disuasorio o de desaliento sobre su lícito ejercicio en otros casos.

Dentro de este nuevo capítulo argumental es conveniente sistematizar el análisis, distinguiendo varios aspectos:

A) La entidad misma del principio de proporcionalidad y las cautelas en su uso.

B) La estructura argumental de su mecanismo aplicativo, expuesta en la Sentencia, y la discutible relevancia que se atribuye a cada uno de los elementos de esa estructura.

C) La deficiente coherencia interna entre la argumentación de la Sentencia alusiva a la existencia del delito y por tanto a la correcta subsunción en él de la conducta sancionada, realizada en la Sentencia del Tribunal Supremo, y las razones argüidas para justificar la vulneración del principio de proporcionalidad por el establecimiento sin matices en la Ley de la pena aplicable.

7. Por lo que se refiere a la entidad conceptual del principio constitucional de proporcionalidad, creo que no existe aún una construcción jurisprudencial depurada, que permita definir su encaje constitucional, como base para una utilización segura del mismo en cuanto canon posible de constitucionalidad, lo que, a mi juicio, hace aconsejable la máxima cautela, cuando con él trata de enjuiciar nada menos que un precepto penal.

No es discutible que el principio de proporcionalidad, del que ciertamente ha hecho aplicación frecuente nuestra jurisprudencia, no está enunciado como tal en ningún artículo de nuestra Constitución, a diferencia de lo que ocurre con otros, variando en las distintas Sentencias la cita del precepto constitucional considerado como posible sede de dicho principio.

Si nuestra jurisprudencia ha sido especialmente prudente en el uso de principios de explícita e inequívoca consagración constitucional, como los de seguridad jurídica e interdicción de la arbitrariedad (art. 9.3 C.E.), en cuanto criterios de ponderación de la constitucionalidad de las leyes (por todas, STC 239/1992, fundamento jurídico 5.º, y las en él citadas), no parece coherente con tal criterio jurisprudencial que un principio, ni siquiera enunciado como tal en nuestra Ley Suprema, pueda tener una mayor virtualidad en cuanto criterio de constitucionalidad.

La Sentencia actual define en su fundamento jurídico 22 el sentido del principio, tomándolo de la STC 55/1996, fundamento jurídico 3.º de ésta, que dice sobre el particular:

«... En primer lugar debe advertirse que el principio de proporcionalidad no constituye en nuestro ordenamiento constitucional un canon de constitucionalidad autónomo cuya alegación pueda producirse de forma aislada respecto de otros preceptos constitucionales. Es, si quiere decirse así, un principio que cabe inferir de determinados preceptos constitucionales —y en particular de los aquí invocados— y, como tal, opera esencialmente como un criterio de interpretación que permite enjuiciar las posibles vulneraciones de concretas normas constitucionales. Dicho con otras palabras, desde la perspectiva del control de constitucionalidad que nos es propio, no puede invocarse de forma autónoma y aislada el principio de proporcionalidad, ni cabe analizar en abstracto si una actuación de un poder público resulta desproporcionada o no. Si se aduce la existencia de desproporción, debe alegarse primero y enjuiciarse después en qué medida ésta afecta al contenido de los preceptos constitucionales invocados: Sólo cuando la desproporción suponga vulneración de estos preceptos cabrá declarar la inconstitucionalidad...»

Creo que nuestra actual Sentencia, pese a ese enunciado general, viene a la postre a hacer un escueto juicio de proporcionalidad, utilizando ésta como criterio sustancial, al referirlo a la cuantía de la pena. De haber seguido la lógica de la argumentación alusiva a los derechos fundamentales de libertad de información, de expresión y de participación política, la consecuencia más coherente hubiera debido ser la censura de la subsunción de la conducta de los recurrentes en el tipo aplicado, y no la elevación de la censura de la aplicación del precepto penal por el Tribunal Supremo al precepto penal mismo. No quiero decir con ello que personalmente considere ésa la solución adecuada, sino, simplemente, que en el planteamiento argumental de la Sentencia la funcionalidad adecuada del principio de proporcionalidad hubiera podido ser la indicada y no la que se dio.

Resulta difícil de explicar que, si la clave se sitúa en la relación del principio de proporcionalidad con los derechos fundamentales referidos, el resultado final sea la declaración de inconstitucionalidad del art. 174 bis a), 1.º y 2.º, del Código Penal de 1973 en razón de la vulneración del principio de legalidad penal del art. 25.1 C.E., y no por la de los arts. 20.1 a) y 23 C.E., o de éstos en conjunción con el art. 25.1.

Creo, así, que el uso que se hace del principio de constitucionalidad, al situarlo en la cuantía de la pena, constituye una aplicación desmedida del principio, escasamente coherente con la propia funcionalidad que se le atribuye en el fundamento jurídico 22 de la Sentencia. Paradójicamente, la aplicación del principio de proporcionalidad me parece desproporcionada.

8. En lo relativo a la estructura argumental del mecanismo de aplicación del principio de proporcionalidad, explicado en la Sentencia, y a la relevancia atribuida a cada uno de los elementos de esa estructura, no puedo compartir el planteamiento de la Sentencia.

En sus fundamentos jurídicos 27, 28 y 29 se viene a aplicar el triple *test*, ya utilizado en la STC 62/1982 (fundamentos jurídicos 4.º, 5.º y 6.º), de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, razonando el cumplimiento de los dos primeros *test*, y no así del tercero. Pero creo que en la aplicación del primer *test*, esto es, el de la idoneidad del precepto penal respecto

al fin de represión del terrorismo, no se da a ese fin la relevancia que merece, ni se extraen las consecuencias posibles de ella a la hora de la aplicación del tercero (proporcionalidad en sentido estricto). Lo que supone el terrorismo dentro de una sociedad democrática de ataque radical al Estado y a los derechos fundamentales básicos de los ciudadanos, que su Constitución garantiza, justifica que los mecanismos penales de reacción contra él puedan ser de máxima dureza, y, por tanto, que en el momento de la aplicación del tercer *test*, que es en donde la Sentencia ha centrado el rigor de su censura, la dureza de la pena establecida para el tipo penal pueda no resultar desproporcionada.

En otros términos, tanto el tercero de los criterios de análisis de la proporcionalidad, como el segundo, deben guardar una íntima relación con la entidad de los fines a cuya salvaguarda se orienta la medida. Y la relación con los fines obliga a considerar los graves riesgos cuya evitación es el fin.

En el conflicto entre los derechos fundamentales de quienes realizan una actividad de colaboración con la actividad terrorista y la represión penal del Estado, los valores en conflicto no son sólo esos derechos fundamentales y los límites de la acción del Estado, sino también y muy especialmente los derechos fundamentales (empezando por el de la vida) de las potenciales víctimas. El fundamento jurídico 27 de la Sentencia pasa con excesiva sumariedad sobre los «bienes que el precepto examinado pretende proteger», sin profundizar en la relevancia constitucional de esos fines y en su necesaria proyección en el mecanismo argumental de la proporcionalidad.

Esa sumariedad en la aplicación del primero de los *tests* se complica después, a la hora de aplicar el segundo y el tercero, con una deriva argumental, en la que, prescindiendo prácticamente del marco conceptual de la colaboración con el terrorismo, se traen al primer plano los derechos fundamentales de libertad de información, expresión y participación política de los que con él colaboran, para situar en el efecto disuasión o desaliento la llave de la aplicación del principio de proporcionalidad. Si se parte de que el cuestionado mensaje no ofrece reservas a la Sentencia en cuanto a su carácter de delito de colaboración con la actividad de una banda terrorista, resulta artificiosa que, pese a ello, se razone no desde la consideración del delito, sino desde el efecto desaliento de la pena en el ejercicio lícito de los derechos fundamentales citados, que no es el caso.

No es lógicamente convincente que, declarada la ilicitud penal de una conducta determinada, que se afirma situada fuera de los límites de los derechos fundamentales referidos, se venga de hecho a eliminar los efectos penales de esa ilicitud, previamente afirmada, por el potencial efecto desaliento sobre el ejercicio lícito de esos derechos.

Ese efecto desaliento parece como una especie de ardid dialéctico, que se introduce casi como una afirmación apodíctica (¿cómo se demuestra que la sanción por el delito desalienta el lícito ejercicio del derecho?), para excluir de hecho la consecuencia penal del delito.

En el fondo hay una especie de oculto cuestionamiento de la subsunción de la conducta en el tipo, y una justificación de la solución final exoneratoria, cargando a la cuenta del legislador lo que no se ha querido cargar (porque no era posible) en la del aplicador de la norma.

Si se quiere mantener la lógica del discurso, y no afirmar una cosa y la contraria (que es constitucionalmente correcta la incriminación de la conducta, y que no lo es por el efecto desaliento) será necesario un razonamiento más convincente, para justificar que sea precisamente la gravedad de la pena, y no el hecho de

la incriminación de la conducta, lo que produce el efecto desaliento.

Proporcionalidad y efecto desaliento, o mejor, desproporción por el efecto desaliento son ideas demasiado evanescentes, para que puedan funcionar de hecho como canon constitucional de censura de un precepto penal, nada menos que de colaboración con la actividad terrorista.

Cuál sea el criterio de medida de la intensidad del efecto desaliento, derivado de la distinta duración de la pena, que permita decidir cuál sea la dosis de desaliento constitucionalmente tolerable, y en función de ello la duración admisible de la pena, creo que era el reto intelectual que la Sentencia, desde su planteamiento, debía haber aceptado y respondido. Lejos de ello, el interrogante queda sin respuesta en términos jurídicos. En realidad, detrás de una elegante formulación jurídica se oculta un prejuicio, de imposible justificación racional (el efecto desaliento), con nada que se profundice en la crítica. A la postre, dicho prejuicio conduce a negar de hecho la justificación constitucional de la incriminación de la concreta conducta de los demandantes, pese a la proclamada corrección constitucional de tal incriminación. En suma, el modo en que se razona el juego del principio de proporcionalidad viene trufado de un inocultable factor de incoherencia.

Como creo, con la STC 55/1996 (fundamento jurídico 6.º, antes transcrito), que no nos corresponde establecer la adecuada proporcionalidad de la pena, cometido propio del legislador, para lo que incluso éste «carece de la guía de una tabla precisa que relacione unívocamente medios y objetivos»; y como «en relación con la proporcionalidad de una determinada pena, este Tribunal no puede, para establecerla, tomar como referencia una pena exacta que aparezca como la única concreción posible de la proporción constitucionalmente exigida, pues la Norma Suprema no contiene criterios de los que pueda inferirse esa medida» (aunque no nos sea «posible renunciar a todo control material sobre la pena ya que el ámbito de la legislación penal no es un ámbito constitucionalmente exento») creo, en lógica coherencia con tal planteamiento, que en la justificación de mi disentimiento de la Sentencia no es pertinente que trate de justificar en positivo la correcta proporcionalidad de la pena establecida en el art. 174 bis a), 1.º y 2.º del Código Penal de 1973, sino que me basta simplemente con negar que existan razones que justifiquen que la opción del legislador vulnere el principio de proporcionalidad. En tal sentido estimo que el efecto desaliento es demasiado inconcreto y vaporoso, para asentar en él un juicio seguro de inconstitucionalidad.

En una sociedad, en la que el terrorismo es una lacra tan lacerante, que incluso la Constitución se ha hecho eco explícito de él en su art. 55.2; en la que legislativos de diferente color político a lo largo de una evolución, que se relata en el fundamento jurídico 25 de la Sentencia, han mantenido una pena constante en sus límites para las actividades de colaboración, que además se han visto necesitados a ampliar; en la que el rechazo mayoritario del pueblo al terrorismo (en cuanto elemento de realidad social atendible en la interpretación de las normas, según el art. 3.1 del Código Civil) resulta inequívocamente contrastado, y en la que este Tribunal, según se indicó antes, resolvió con anterioridad un recurso de inconstitucionalidad contra el mismo precepto que ahora declaramos inconstitucional, sin que lo hiciera entonces, no veo razón para que declaremos desproporcionada la pena elegida por el legislador para sancionar el delito de colaboración con las actividades de una banda terrorista.

9. En cuanto a lo que antes calificaba de deficiente coherencia interna entre la argumentación de la Sentencia alusiva a la existencia del delito y por tanto a la correcta subsunción en él de la conducta sancionada, realizada en la Sentencia del Tribunal Supremo, y las razones argüidas para justificar la vulneración del principio de proporcionalidad en el establecimiento en la Ley sin matices de la pena aplicable, lo que sigue es complemento de lo expuesto al tratar de la aplicación al caso del mecanismo argumental del principio de proporcionalidad.

En una consideración global de los fundamentos de la Sentencia de los que disiento, su discurso parece moverse en una duplicidad de planos, entre los que no existe un ajuste coherente. La Sentencia dice que no cuestiona la aplicación del tipo penal por el Tribunal Supremo en el caso concreto, dirigiendo su dardo crítico a la Ley misma.

Pero en trance de justificar el lanzamiento de ese dardo, la motivación sustancial se refiere a la concreta conducta sancionada, en la doble consideración de la entidad de la conducta misma y de su grado de consumación (aunque se eluda utilizar este tecnicismo). Y aunque en sus argumentos explícitos la Sentencia procure no invadir ámbitos de enjuiciamiento que no nos corresponden, eso es en realidad lo que acaba haciéndose. En realidad, lo que ocurre es que existe una consideración subyacente, que aflora en varias ocasiones a la superficie, que estima que las conductas de que tratamos no debieron ser sancionadas, aunque ciertamente no llegue a decirse con esta rotunda claridad.

Dadas las dificultades insalvables para el enjuiciamiento directo de las conductas en el plano de la legalidad aplicada por el Tribunal Supremo en su Sentencia, se da salida a esa consideración subyacente, actuando desde el plano que nos es propio: El juicio de constitucionalidad de la Ley. Pero ese juicio se construye con argumentos, que corresponden más bien al plano de la subsunción de las conductas en el tipo, que es en el que puede operar la ponderación de los pretendidos derechos confluyentes en el caso, y en el grado de consumación del delito. El resultado de tal modo de razonar es la falta de coherencia entre el planteamiento del problema (que dice referirse a una consideración de la Ley en un plano abstracto) y las bases argumentales para su solución. Y todo ello, arrojando la argumentación con citas de jurisprudencia de este Tribunal y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos absolutamente descontextualizadas. Las Sentencias que se citan en su inmensa mayoría no se refieren al problema planteado; y en las únicas recaídas en casos asimilables, a las que nos referimos antes, su *ratio decidendi* no es útil para avalar la solución a la que aquí se ha llegado, sino más bien para fundamentar la contraria.

No veo la razón por la que, después de haber argumentado la Sentencia que las conductas sancionadas no pueden incluirse en el contenido de los derechos fundamentales de libertad de información, de expresión y de participación política, y de justificar que son constitutivas del delito definido en el tipo penal aplicado, ello no obstante, esos mismos derechos se traen a colación, para relacionar con ellos la conducta sancionada, y desde esa relación poner en el juego dialéctico la evanescente idea del efecto desaliento, como clave conceptual desde la que se proscribe la pena establecida, por vulneración del principio de proporcionalidad, relacionado con el de legalidad. Y ello, sin que, sin embargo, se adicione a la *ratio* estimatoria la vulneración de esos mismos derechos fundamentales.

En la argumentación de la Sentencia parece como si estos derechos fundamentales tuviesen un contenido propio y un halo, cada uno de cuyos elementos recla

mase un propio ámbito de garantía constitucional, de modo que ese halo fuese de por sí suficiente para salvaguardar (al menos en cierta medida y como efecto reflejo), y dejarlas a la postre impunes, conductas consideradas no incluibles en el contenido propio, y por ello susceptibles de poder ser constitutivas de delito.

Me parece un puro artificio dialéctico la idea del efecto desaliento aplicada a una conducta que no se ha tenido inconveniente en considerar delictiva.

Que un tipo penal produce un efecto desaliento no es sólo una obviedad, sino que tal efectos se corresponde con la finalidad de prevención general y prevención especial propia del delito. Pero ese efecto desaliento, que se refiere a la acción típica, no tiene por qué expandirse a conductas lícitas ajenas a ella.

El efecto desaliento derivado de un delito de estafa, valga el ejemplo, se proyectará sobre ulteriores posibles conductas estafadoras en general (prevención general) o del mismo estafador (prevención especial), pero no tiene por qué impedir el negocio lícito de nadie.

No ignoro que la mayor jerarquía constitucional de los derechos que nos ocupan obligan a considerar ese efecto posible de modo distinto. En tal sentido, ese posible efecto explica que a la hora de aplicar un tipo abstracto, susceptible de abarcar en la amplitud de su contenido conductas como las sancionadas, a las que, no obstante no se refiere de modo específico, se plantea la duda de si la inclusión de esa conducta específica en el tipo genérico es posible o no, por la confluencia en el caso de aquellos derechos. Pero ese problema de confluencia de derechos, y el efecto desaliento, como riesgo *vitando* de la efectividad de los mismos, tiene su espacio lógico de planteamiento en el de la subsunción de la conducta en el tipo. Trasladarlo de ese ámbito conceptual al de la fijación abstracta en la Ley de la pena aplicable al tipo me parece técnicamente artificioso.

La jurisprudencia traída a colación en la Sentencia no justifica esa traslación del análisis, pues en ninguna de las Sentencias citadas se plantea problema alguno de enjuiciamiento de normas, sino de actos aplicativos, ni de proporcionalidad de la pena.

Las Sentencias, en general, se refieren a la cobertura o no de las conductas cuestionadas en cada caso por alguno de los derechos fundamentales debatidos, de ahí su nula utilidad para la solución del problema aquí planteado, si se parte de la base, como hace la Sentencia, de que la conducta de los actores no entraba en el ámbito de tales derechos y que era constitutiva de delito.

En especial, resulta inadecuada para el caso la cita de las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, contenida en el fundamento jurídico 24 de la nuestra. En todas ellas el problema de la proporcionalidad se plantea en relación con los límites de la libertad de expresión (art. 10 del C.E.D.H.), y de ellas sólo dos, la del caso *Incal* y la del caso *Castells* se refieren a sanciones por delito. Pero en ninguna de ellas se enjuician leyes en un plano abstracto, sino que en ambas de lo que se trata es de la validez de la condena misma, analizada desde el prisma conceptual de la proporcionalidad en relación con el derecho de libertad de expresión, y no de la proporcionalidad de la concreta pena aplicada.

10. Por último, me preocupa el elemento de inseguridad jurídica que nuestra Sentencia puede producir en relación a la aplicación del tipo penal que sanciona la colaboración con banda armada.

El hecho de que la norma que declaramos inconstitucional esté en la actualidad derogada, no elimina el riesgo, habida cuenta de la sustancial similitud entre el tipo del art. 174 bis a) del Código Penal de 1973, modificado por la L.O. 3/1988, y el del art. 576 del de 1995, cuya sanción, según lo razonado en la Sentencia del Tribunal Supremo, resulta en la realidad incluso más grave que la que hemos calificado de desproporcionada.

Si en nuestra Sentencia hubiésemos calificado de inconstitucional la subsunción de la conducta de los actores en el tipo, que era lo que ellos demandaban (y cuya pretensión desde luego no me resulta estimable, según dejé sentado al principio), no existiría riesgo de inseguridad en la aplicación de la norma, al no ser ella el objeto de nuestro enjuiciamiento, sino una concreta aplicación de la misma. Pero desde el momento en que del enjuiciamiento de una conducta concreta nuestra Sentencia se ha elevado al de la norma, lo que queda en entredicho es su virtualidad como parte del ordenamiento jurídico, y ello en términos que no hemos definido con precisión.

Si nuestra Sentencia hubiera sido coherente con su propio planteamiento, lo lógico hubiera sido que la vulneración de la Constitución imputada al art. 174 bis a) 1.º y 2.º, del Código Penal de 1973 se hubiera referido no sólo a la del derecho a la legalidad penal del art. 25.1 C.E., sino a las de los derechos de libertad de información y expresión del art. 20.1 a) y de participación política del art. 23 C.E. La consecuencia hubiera sido que, al margen de la censurable imprecisión, en realidad el espacio de la inconstitucionalidad del precepto habría quedado reducido por la referencia a conductas de posible conexión teórica con esos derechos fundamentales.

Ciertamente ese acotamiento final hubiera podido atraer sobre nuestra Sentencia la crítica de que se trataba de declarar en ella una inconstitucionalidad de caso único; pero la potencialidad de eventuales efectos expansivos sería nula o casi nula.

Mas desde el momento en que la censura se lleva a la cuantía de la pena, sin otros aditamentos, se abre un flanco de consecuencias no previsibles, pues teóricamente respecto a otras conductas distintas, pasadas o futuras, se podría construir una teoría de desproporción de la pena con los materiales dialécticos de nuestro propio discurso, que en lo sucesivo no van a ser utilizados exclusivamente por nosotros, sino por otros protagonistas de muy diverso signo.

Esa posibilidad, abierta en un ámbito tan especial y preocupante como el del terrorismo y sus colaboradores, me parece especialmente perturbadora.

No creo oportuno extenderme más en la descripción de los posibles efectos expansivos de la Sentencia para no contribuir al afloramiento de los riesgos que temo.

Por todo lo expuesto, creo que el recurso debió ser desestimado, y en tal sentido dejo emitido este voto particular.

Madrid, a veintiséis de julio de mil novecientos noventa y nueve.—Vicente Conde Martín de Hijos.—Firmado y rubricado.